



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

**El delito de desaparición forzada y su tratamiento en el
derecho peruano en el marco de los estándares
internacionales**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Doctora en Derecho y Ciencia
Política

AUTOR

Dora DÍAZ MONROY

ASESOR

Dr. Silfredo Jorge HUGO VIZCARDO

Lima, Perú

2019



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Díaz, D. (2019). *El delito de desaparición forzada y su tratamiento en el derecho peruano en el marco de los estándares internacionales*. Tesis para optar grado de Doctora en Derecho y Ciencia Política. Unidad de Posgrado, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.

HOJA DE METADATOS COMPLEMENTARIOS

Código ORCID del autor	“—”
DNI o pasaporte del autor	18095931
Código ORCID del asesor	0000-002-6996-2721
DNI o pasaporte del asesor	08377880
Grupo de investigación	“—”
Agencia financiadora	“—”
Ubicación geográfica donde se desarrolló la investigación	<p><i>Lugar Pais: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Jesus Maria Calle: Olavegoya 1955</i></p> <p>Coordenadas geográficas</p> <p><i>12° 04" 50.6" S 77° .02"51.0"</i></p> <p><i>-12.080712,-77.047492</i></p>
Disciplinas OCDE	<p>5.05.02 -- Derecho penal</p> <p>URI http://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02</p> <p>5.05.01 -- Derecho http://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01</p> <p>URI http://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01</p>

Nota: tomar en cuenta la forma de llenado según las precisiones colocas en la web.

https://sisbib.unmsm.edu.pe/archivos/documentos/recepcion_investigacion/Hoja%20de%20metadatos%20complementarios_30junio.pdf



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Unidad de Post Grado

ACTA DE GRADO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

En la ciudad de Lima, el primer día del mes de octubre del año dos mil diecinueve, siendo las dieciséis horas, bajo la Presidencia del Dr. Germán Small Arana, y con la asistencia de los Profesores: Dr. José Félix Palomino Manchego, Dr. José Francisco Urquizo Olaechea, Dr. Silfredo Jorge Hugo Vizcardo, Dr. Raúl Belealdo Pariona Arana y el postulante al Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, **Mg. Dora DÍAZ MONROY**, procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada: **"EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA Y SU TRATAMIENTO EN EL DERECHO PERUANO EN EL MARCO DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES"**.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

*Quedado en la nota (6) **Seis** Bueno*

A continuación el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Doctora en Derecho y Ciencia Política a la **Mg. Dora DÍAZ MONROY**.

Se extiende la presente Acta en tres originales y siendo las diecisiete horas con treinta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.

Dr. Germán SMALL ARANA
Presidente
Profesor Principal

Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO
Miembro
Profesor Principal

Dr. José Francisco URQUIZO OLAECHEA
Jurado Informante
Profesor Principal

Dr. Silfredo Jorge HUGO VIZCARDIO
Asesor
Profesor Principal

Dr. Raúl Belealdo PARIONA ARANA
Jurado Informante
Profesor Asociado

Dedicatoria: A mi padres y a Juan Carlos.

Palabras clave: Desaparición forzada

Key words: Enforced disappearance

Resumen:

Teniendo en cuenta la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1992, la cual se pronuncia reconociendo a este Delito como uno de especial y particular ofensa en contra de la humanidad, al señalar en su definición elementos y las consecuencias de esta práctica al precisar: *“Que se arreste, traslade o detenga contra su voluntad a las personas, o que estas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma, por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad ”*(ONU 1992). Destinados a sustraerlos de la protección de la Ley

Teniendo en cuenta también la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”, de 1994, el cual, en su Artículo II señala *“Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”*(ONU 1994).

En igual sentido el Estatuto de la Corte Penal Internacional del 17 de Julio de 1998, que en su artículo 7.1 define la Desaparición Forzada como: *“la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una*

organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de la libertad o dar información sobre la suerte o paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la Ley por un periodo prolongado” (ONU 1998).

Como la “Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas” del 22 de junio del 2006, define como desaparición forzada: *“El arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de la libertad cometidas por agentes del Estado o por personas o grupo de personas que actúan con autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la Ley” (ONU 2006).*

La desaparición forzada, como acto delictivo, es también un abuso continuo ya que la figura de la víctima, sujeto titular del derecho, se extiende a los familiares. “Estos sufren en el tiempo el daño de la ausencia de sus allegados desaparecidos cuya suerte no se esclarece y de la impunidad de los autores, que no comparecen ante la justicia llegando a padecer síndromes de estrés postraumático, como se reconoce en las sentencias judiciales. La clasificación de crimen continuo también supone que, jurídicamente, los hechos sólo prescriben a partir del momento en que se pueden evidenciar, de manera que las familias pueden disponer de un mayor tiempo para presentar las denuncias ante la justicia” (Gutiérrez 2015, p. 68).

La desaparición forzada de personas desde la óptica de los instrumentos internacionales ha sido considerado como una violación a los Derechos Humanos, con características específicas que la jurisprudencia de la CIDH, la ha venido plasmando en sus diversas sentencias; tal es así que ha determinado su carácter de violación *múltiple compleja (D.D)* y continuada que atenta contra numerosos derechos fundamentales, que no culmina en

la vida del desaparecido sino que se prolonga en los familiares de la víctima (Gutiérrez 2015, p. 68), quienes padecen el daño por la ausencia de sus pariente o cercano desaparecido cuyos causas no son esclarecidas existiendo impunidad para los autores los autores que no son sancionados por la justicia; sufriendo por esta vulneración síndromes de estrés postraumático, conforme las sentencias en comento de la CODH, lo ha venido reconociendo.

Por ello la desaparición forzada vista desde esta óptica se entiende principalmente como una estrategia del conflicto y erradicación de la oposición política y a partir de allí la consolidación del concepto que progreso lentamente frente a las numerosas controversias e incertidumbres que surgieron en su tipificación, siendo recién con la *“Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”* del 20 de diciembre del 2006, en que se reconoció el derecho humano concreto de la persona a no ser sometida a desaparición forzada.

Ello por el impacto que generaba esta práctica que como delito vulnerando un conjunto diverso de derechos fundamentales, entre ellos: Derecho a la vida ; ° Derecho a trato humano y respeto a la dignidad; Derecho a la libertad y a la seguridad personal; ° Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; ° Derecho a la identidad y a la vida familiar, especialmente en el caso de los niños; ° Derecho a la libertad de opinión, expresión e información; ° Derechos laborales y políticos, entre otros.

En ese sentido América Latina tomando como punto de partida este proceso internacional de estándares internacionales para la Desaparición Forzada; generó nutrida jurisprudencia que se ha visto plasmada en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, consolidando la calificación de esta violación de derecho como una de particular gravedad, al mismo tiempo estableciendo tres elementos fundamentales a) la privación de la libertad por cualquier

medio, dejando abierta toda posibilidad b) Intervención directa o indirecta del Estado, considerando que la Convención fija imposiciones jurídicas a ellos y no a particulares, c) La negativa de informar el paradero del desaparecido, sustrayendo a la persona de la protección de las leyes del Estado, para no tener que dar cuenta y generar un abanico de posibilidades de cometer abusos.

Lo dicho nos lleva a la necesidad de cuestionar si la actual regulación del delito de desaparición forzada, tipificado en el artículo 320° del Código Penal, cumple o no con los estándares internacionales mínimos a los que el Perú está obligado vía tratados internacionales, a fin de no sólo modificarlo sino a fin de adecuarlo a la regulación internacional de esta figura. La regulación deficiente del delito de desaparición forzosa podría generar sin duda, espacios de impunidad al dejar sin sanción a cualquier grupo de personas que teniendo alguna vinculación con el Estado o alguna organización política o de cualquier otro tipo, actúen en su nombre, representación, con su consentimiento o aquiescencia.

Un elemento relevante que apoya la necesidad de ampliar la condición del sujeto activo a cualquier persona, el denominado “derecho a la verdad”, cuyo desarrollo se ha hecho a partir de la cláusula abierta contenida en el artículo 3° del Texto Constitucional. En virtud a este derecho fundamental, toda persona que ha sido víctima o agraviada por la desaparición de alguien, tiene derecho a conocer la verdad de tales hechos, que incluye no solo saber del resultado del sujeto desaparecido que podrá ser hallado con vida o sin ella, sino también, impone el deber de buscar, identificar y sancionar a los responsables de la desaparición.

Resulta también cuestionable que en la regulación del delito de desaparición forzada, se refiera a la privación de la libertad como uno de los elementos centrales de este delito, sin embargo ello no es así. Debe tenerse en cuenta que la privación de la libertad es sólo una parte del mismo, el inicio, el

camino inicial del delito en cuestión pero no puede ser identificado con éste. Lo que realmente importa en el delito de desaparición forzada es la privación de la libertad, pero más que ello el ocultamiento sobre el paradero del desaparecido de modo que se genera una situación de zozobra, de incertidumbre lo cual además hace imposible hacer uso de cualquier medio legal para recuperar la libertad del desaparecido.

Abstract:

The Declaration on the Protection of All Persons against Enforced Disappearances, of December 18, 1992, establishes as a conceptual assumption of forced disappearance: "That individuals be detained, transferred or detained against their will, or that these be private of their freedom in some other way, by government agents of any sector or level, by organized groups or by individuals acting on behalf of the government or with their direct or indirect support, their authorization or their assent, and who then refuse to disclose the fate or whereabouts of those persons or to recognize that they are deprived of freedom, thus evading the protection of the Law "(Onus 1992).

For its part, the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons, of 1994, in its Article II defines what is the Forced Disappearance: "For the purposes of this Convention, enforced disappearance is considered the deprivation of liberty of one or more persons , whatever its form, committed by agents of the State or by persons or groups of persons acting with the authorization, support or acquiescence of the State, followed by the lack of information or the refusal to recognize such deprivation of liberty or to report on the whereabouts of the person, which prevents the exercise of legal remedies and procedural guarantees "(ONU 1994).

Also the Statute of the International Criminal Court of July 17, 1998, defines the Forced Disappearance as: "the apprehension, detention or kidnapping of

persons by a State or a political organization, or with its authorization, support or acquiescence, followed of the refusal to admit such deprivation of liberty or to give information about the fate or whereabouts of those persons, with the intention of leaving them out of the protection of the Law for a prolonged period "(Onus 1998). Finally, the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance of June 22, 2006, defines as an enforced disappearance: "The arrest, detention, kidnapping or any other form of deprivation of liberty committed by agents of the State or persons or group of persons acting with authorization, the support or acquiescence of the State, followed by refusal to recognize such deprivation of liberty or concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person, subtracting it from protection of the Law "(Onus 2006). According to this international instrument of utmost importance for the ecumenical validity of human rights, it is determined as effects that in the sections of Article 1, the Convention also establishes the new absolute human right permanently: No one will be subjected to an enforced disappearance. 2. Under no circumstances may exceptional circumstances such as a state of war or threat of war, internal political instability or any other public emergency be invoked as a justification for enforced disappearance. Enforced disappearance, as a criminal act, is also a continuous abuse since the figure of the victim, the subject holder of the right, extends to the family members (Gutiérrez 2015, page 68). These suffer over time the damage of the absence of their missing relatives whose fate is not clarified and the impunity of the authors, who do not appear before the courts, suffering from post-traumatic stress syndromes, as recognized in the judicial sentences. The classification of continuous crime also assumes that, legally, the facts only prescribe from the moment they can be evidenced, so that families can have more time to present the complaints to the courts.

Another characteristic of forced disappearance is the absolute legal defenselessness of the victim who remains unprotected from the elementary resources of habeas corpus or amparo as a result of the deliberately secret act of those who commit the crime. This circumstance, however, allows their

defense to be exercised by any person close, family or friend, or even a non-governmental organization, usually a human rights defender.

Enforced disappearance is a concept that initially evolved slowly in the face of the various controversies and uncertainties that were presented for its classification and even the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances signed in Paris on February 6, 2007 (UN 2007), the concrete human right of the person not to be subjected to enforced disappearance was not recognized. Thus, enforced disappearance is a complex, multiple and cumulative crime as it threatens a diverse set of fundamental rights: right to life; ° Right to liberty and personal security; ° Right to humane treatment and respect for dignity; ° Right to recognition of legal personality; ° Right to identity and family life, especially in the case of children; ° Right to compensation, including through compensation; ° Right to freedom of opinion, expression and information; ° Labor and political rights, among others.

According to international doctrine, among the constituent elements of the crime of forced disappearance three characteristics stand out: 1. The disappearance implies the deprivation of liberty by means indicated in the examples cited, but also by any others, since the definition leaves open those possibilities; 2. The practice must be attributable to the State, directly or indirectly, since the Convention establishes legal impositions on States and not on individuals; and, 3. The deprivation of liberty must be denied or the fate of the person deliberately hidden, so that the person is removed from the protection of the usual laws, pretending the responsible ones do not have to give account of anything, opening the possibility to commit all kinds of abuses. What has been said leads us to the need to question whether the current regulation of the crime of enforced disappearance, typified in article 320 of the Criminal Code, complies or not with the minimum international standards to which Peru is bound by international treaties, in order to not only modify it but in order to adapt it to the international regulation of this figure. The deficient regulation of the crime of forced disappearance could generate, without doubt, spaces of impunity by leaving without sanction any group of

people that having any connection with the State or any political organization or any other type, act on their behalf, representation, with your consent or acquiescence. A relevant element that supports the need to extend the condition of the active subject to any person, the so-called "right to the truth", whose development has been made from the open clause contained in Article 3 of the Constitutional Text. By virtue of this fundamental right, every person who has been victim or aggrieved by the disappearance of someone, has the right to know the truth of such facts, which includes not only knowing the result of the disappeared person who may be found alive or without it , but also, imposes the duty to seek, identify and punish those responsible for the disappearance.

It is also questionable that in the regulation of the crime of enforced disappearance, it refers to deprivation of liberty as one of the central elements of this crime, however this is not the case. It must be taken into account that the deprivation of liberty is only a part of it, the beginning, the initial path of the crime in question but can not be identified with it. What really matters in the crime of enforced disappearance is the deprivation of liberty, but more than that the concealment of the whereabouts of the disappeared person so that a situation of anxiety and uncertainty is generated, which also makes it impossible to use any means legal to recover the freedom of the disappeared.

ÍNDICE

Introducción	1
--------------------	---

PRIMERA PARTE

FUNDAMENTOS GENERALES

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1. Planteamiento del problema	9
1.1 Descripción de la realidad problemática	9
1.2. Problema de investigación.....	17
1.2.1. Problema general	17
1.2.2. Problemas específicos	17
2. Objetivos de la investigación	18
2.1. Objetivo general	18
2.2. Objetivos específicos	19
3. Método de investigación	19
4. Diseño de la Investigación	20
5. Marco teórico	20
6. Técnicas de recopilación de datos.....	31
7.- Glosario de términos	32

SEGUNDA PARTE

ESTADO DE LA CUESTIÓN

DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA PROBLEMÁTICA DE LA DESAPARICIÓN FORZADA

1.- Antecedentes del problema de investigación	37
2. Justificación de la investigación.....	60
2.1. Justificación teórica.....	60
2.2. Justificación práctica	61
3.- Estado Actual de las Propuestas Doctrinarias	62
3.1. Antecedentes nacionales	63
3.2.- Antecedentes internacionales	64
4. Resultados esperados.....	66
5. Propuestas de solución proyectada	66

CAPITULO II

LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS DESDE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES

1.- Introducción	69
2.- En el ámbito del Sistema Internacional Humanitario	72
2.1.- Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales	72
3.- En el ámbito del Sistema Penal Internacional	74
3.1.-El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (EC)	74
4.- En el ámbito del Sistema Universal de los Derechos Humanos	78
4.1.- Declaración Universal de Los Derechos Humanos.....	78
4.2.- La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (CAT).....	79
4.3.- El Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura	80
4.4.- La Declaración de la ONU de 1992 para la Protección de Todas las Personas de Desapariciones forzadas (DPPDF)	81
4.5.- La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra desapariciones forzadas (CIPPDF).....	83
5.- En el ámbito Regional - Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.....	85
5.1.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) ...	86

5.2.- La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada (CIDF)	88
6.- CONCLUSIONES PRELIMINARES	89

CAPITULO III

LOS ELEMENTOS DE LA DESAPARICIÓN FORZADA EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

1.- Introducción	91
2.- Conceptualización de la desaparición forzada	92
3.- Elementos de la Desaparición Forzada	95
3.1.- La Privación de la Libertad	95
3.2.- La no Información del desaparecido	99
3.3.- El sujeto activo	104
3.3.1.- La responsabilidad del agente estatal	108
3.3.2.- Responsabilidad del Agente No estatal con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado	113
3.3.3.- Responsabilidad Del Agente No Estatal sin Vínculo con el Estado	116
3.4.- Sustracción del Amparo de la ley	127
3.5.- La Prolongación en el tiempo como un cuarto elemento de la Desaparición Forzada	129
4.- CONCLUSIONES PRELIMINARES	131

CAPITULO IV

EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA EN EL PERÚ

1.- Aspectos históricos de la desaparición forzada en el Perú	134
2.- Definición y naturaleza jurídica de la desaparición forzada de personas	145
3. La desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad	151
4. La tipificación de la desaparición forzada en el Perú	154
5. Presentación de la norma	159

6. Bien jurídico protegido	161
7. Tipo objetivo del injusto.....	177
7.1. Sujeto activo.	177
7.2. Sujeto pasivo	180
7.3. Acción material.....	180
8. Tipo subjetivo del injusto.	189
9. Tipo agravado	191
10. Ampliación del tipo.	192
11.-El Delito de Desaparición Forzada en la Jurisprudencia Nacional.....	199

TERCERA PARTE

TOMA DE POSTURA

CAPITULO I

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN

1.-De los elementos de la Desaparición Forzada en observancia de los estándares internacionales.....	202
1.1. Del agente Estatal	202
1.2.- Del Agente No estatal Vinculado al Estado.....	209
1.3.- Del Agente No Estatal Sin Vínculo con el Estado.	214
1.3.1.- La no Información en el Agente no estatal autónomo.	222
1.3.2.- De la Responsabilidad del Estado en el Agente No estatal autónomo	226
2.- la Desaparición Forzada en el Perú en Observancia de los Estándares Internacionales.	230
3.-De la Jurisprudencia Nacional en el Delito de Desaparición forzada	235

CAPITULO II

PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA DE SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

1.- Solución Proyectada en cuanto a los elementos de la desaparición forzada.....	250
--	------------

2.- Solución Proyectada en cuanto a la Desaparición Forzada en el Perú en Observancia de los Estándares Internacionales.	258
3.- Solución Proyectada en cuanto a la Jurisprudencia Nacional.....	261

CAPITULO III

CONSECUENCIAS

1.- Consecuencias de la implementación de la propuesta.....	264
2. Beneficios que aporta la propuesta.....	267

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES.....	269
RECOMENDACIONES.....	277
BIBLIOGRAFÍA.....	279

Introducción

Los crímenes de lesa humanidad están calificados en el artículo 7 del Estatuto de Roma, en los que se comprende a la desaparición forzada de personas. Esta conducta delictiva ha sido y todavía es una problemática que afecta a todas las naciones del mundo; razón por la cual los organismos internacionales vienen emprendiendo una decidida lucha para lograr su erradicación, ello en defensa de la dignidad y libertad humana.

De esta manera, la intención de erradicar estas conductas se aprecia, por ejemplo mediante las recomendaciones de codificación en los sistemas internos con el fin de poner a buen recaudo los derechos humanos, ello a través de la inclusión de normas penales que sancionan la violación de estos derechos, dentro de los cuales se comprende a la desaparición forzada. Criminalización de los derechos humanos que fueron reconocidas por Karel Vasak y que continúan vigentes para determinar la responsabilidad del Estado en estas prácticas, y la individualización de la responsabilidad de aquellos quienes violan los derechos humanos, así como la imposición de una sanción.

El proceso de criminalización en el ámbito internacional, se inicia con la estigmatización de determinadas prácticas, sobre todo las más graves, y proporciona una serie de elementos capaces de calificarlas como crímenes contra la humanidad, como por ejemplo que estas conductas afectan directamente la propia dignidad humana a través de los abusos procedentes del Estado y de los particulares.

Nuestro país ha vivido épocas de manifiesta convulsión social donde la realización de ciertas conductas criminales, de carácter sistemático, permanente, y ejecutadas con miras al cumplimiento de un objetivo criminal por medio de la violencia, ha sido una constante. Así, el uso indiscriminado de la violencia contra las personas, en determinadas épocas de guerra

interna ha sido uno de los episodios más trascendentes vistos desde la protección y regulación del sistema penal.

Una de esas conductas delictivas producidas bajo este contexto ha sido la desaparición forzada de personas. Este tipo de comportamiento calificado como criminal ha sido una constante durante la década de los ochenta, en pleno conflicto interno en nuestro país, habiendo sido empleada la desaparición forzada como método de exterminio tanto desde el lado de las fuerzas del orden como por parte de los grupos armados o subversivos. Puesto que hasta la fecha se han reportado desapariciones tanto de civiles y de miembros de las fuerzas armadas, como de integrantes de los grupos paramilitares o terroristas.

Este delito se constituyó como un método de exterminio aplicado dentro de nuestro país y en diversas partes del mundo, lugares donde distintas circunstancias — cuya especial característica ha radicado en la alteración de la paz social mediante conflictos internos y guerras — constituyeron escenarios de especial propicios para la configuración y perpetración de estas graves conductas.

Sobre este punto, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR, 2003 p. 58) instituida en nuestro país, ha señalado que según reporte de las Naciones Unidas, el Perú llegó a ocupar el primer lugar de incidencias donde se cometía el delito de desaparición forzada, que fue instrumentalizada para obtener los siguientes objetivos: a) Conseguir información de los subversivos o sospechosos; b) Eliminar al subversivo o al simpatizante de la subversión asegurando la impunidad; y, c) Amedrentar a la población a fin de que asuman una posición favorable a las fuerzas del orden.

La CVR ha determinado que la desaparición forzada perpetrada durante el conflicto interno, fue uno de los más importantes métodos de lucha *contrasubversiva* utilizados por los agentes del Estado; medida que tuvo alcances de “*práctica sistemática o generalizada*” (CVR, 2003, P. 60), esto lo posiciona como un delito de lesa humanidad. En ese sentido, la CVR ha analizando los eventos producidos durante aquella época y ha determinado

que aproximadamente el sesenta y un por ciento de personas que fueron víctimas de desaparición, ejecutadas o tienen paradero desconocido, son responsabilidad de los agentes del Estado o de personas con aquiescencia de aquellos (Idem).

Por ello la desaparición forzada vista desde esta óptica se entiende principalmente como una estrategia del conflicto y erradicación de la oposición política, a partir de allí la consolidación del concepto que progresó lentamente frente a las numerosas controversias e incertidumbres que surgieron en su tipificación, siendo recién con la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra la Desaparición Forzada - CIPPDF (2006), donde se califica como derecho humano de toda persona el no ser sometida a desaparición forzada.

La práctica de la desaparición forzada del que hacían uso los Estados en conflicto no fue considerado como un crimen en su real magnitud en el tiempo en que se celebraron los primeros instrumentos internacionales, sino que recién desde los años setenta en que se abordó el problema de manera independiente y más adelante, con la creación de los grupos de trabajo, se dio lugar a la “Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas” de 1992 y posteriormente a la “Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra la Desaparición Forzada” – CIPPDF (2006) .

Ello por el impacto que generaba esta práctica que como delito vulnera conjunto diverso de derechos fundamentales, entre ellos: “Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica”, “Derecho a la vida, expresión e información”, “Derecho a un trato humano y respeto a la dignidad y a la seguridad personal”, “Derecho a la identidad y a la vida familiar”, “Derecho a la libertad”, “Derecho a la libertad de opinión”, “Derechos laborales y políticos”, entre otros.

Fenómeno que igualmente fue abordado por el derecho internacional de los Derechos Humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o Tribunal de Estrasburgo en el que se pronuncia respecto de los casos de Turquía, o en el pronunciamiento del Consejo de Europa en el caso de Chechenia.

Igualmente y tal como se anunció al inicio de esta introducción, en el Estatuto de Roma desde el plano del derecho Penal Internacional desarrolla la tipicidad del delito materia de este trabajo y lo prevé en el artículo 7.1 que comprende o califica como crímenes de lesa humanidad.

En ese sentido, en América Latina se toma como eje este proceso internacional que se han fijado mediante estándares para la Desaparición Forzada; así, se ha generado nutrida jurisprudencia que se ha visto plasmada en la “Corte Interamericana de Derechos Humanos”, consolidado la calificación de este delito como uno que implica la violación de derechos con una de particular gravedad, estableciendo tres elementos fundamentales a) la privación de la libertad por cualquier medio, dejando abierta toda posibilidad b) Intervención directa o indirecta del Estado, considerando que la Convención fija imposiciones jurídicas a ellos y no a particulares, c) La negación de la información del paradero del desaparecido, sustrayendo a la misma de la protección de las leyes del Estado, para no tener que dar cuenta y generar un abanico de posibilidades de comisión de abusos.

En Perú el proceso de criminalización y proscripción de los actos de desaparición forzada, se dio con la promulgación del Código Penal de 1991 (D. Leg. 635), en cuyo texto normativo se incluyó el artículo 323. Esta norma fue derogada mediante el artículo 22 del Decreto Ley 25475, publicada el 16 de mayo de 1992. Luego, mediante el Decreto Ley 25592, publicado el 2 de julio de 1992, se volvió a tipificar el delito, su actual ubicación en el Capítulo II, del Título XIV-A, denominados “Delitos contra la Humanidad”, Artículo 320 del Código Penal se debe a la Ley N° 26926, publicada el 21 de febrero de 1998 que, con el mismo tenor que venía poseyendo, lo sistematiza en tal

lugar del Código Penal Peruano. Finalmente, este delito ha sido modificado mediante Decreto Legislativo N° 1351 (Decreto Legislativo que modifica el Código Penal con miras a fortalecer la seguridad ciudadana), expedido el 07 de enero de 2017.

No obstante los esfuerzos del legislador peruano por cumplir con la tipificación de esta clase de delitos calificados como de lesa humanidad, es de nuestro interés el establecer un estudio acerca de si el tratamiento legal del delito de desaparición forzada previsto en el Artículo 320 de Código Penal Peruano, resulta adecuado a los estándares normativos que le dan los instrumentos internacionales de los cuales el Perú es parte.

Teniendo en cuenta la “Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas” del 18 de diciembre de 1992, el cual se pronuncia reconociendo a este Delito como uno de especial y particular ofensa en contra de la humanidad, en su definición describe los elementos y las consecuencias de esta práctica al precisar: *“Que se arreste, traslade o detenga contra su voluntad a las personas, o que estas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma, por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad ”*(ONU 1992). Para ser sustraídas de la protección de la Ley

Así como la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”, de 1994, el cual, en su Artículo II al definir la Desaparición Forzada señala *“Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa*

a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”(ONU 1994).

E igualmente lo señalado por el Estatuto de la Corte Penal Internacional emitido el diecisiete de Julio de 1998, el cual precise artículo 7.1 donde se afirma que: *“la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de la libertad o dar información sobre la suerte o paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la Ley por un periodo prolongado”* (ONU 1998).

Así como lo expuesto por la Convención Internacional Para la Prohibición de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada del veintidós de junio del 2006, la cual define la desaparición forzada: *“El arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de la libertad cometidas por agentes del Estado o por personas o grupo de personas que actúan con autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la Ley”* (ONU 2006).

Se debe resaltar este instrumento internacional al ser de suma importancia para la vigencia ecuménica de los derechos humanos, en tanto que determina expresamente la existencia del derecho humano absoluto de prohibición a ser sometido a desaparición forzada, así como la declaración de imposibilidad de invocar circunstancias excepcionales para validar esta práctica, al expresar que: *“Nadie será sometido a una desaparición forzada. 2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la desaparición forzada”(ONU 2006)*

Lo dicho nos lleva a la necesidad de plantearnos si la regulación que actualmente tiene nuestro ordenamiento penal respecto del delito de desaparición forzada, se incorpora en nuestro ordenamiento jurídico penal dentro del artículo 320º, cumple o no con los estándares internacionales mínimos a los que el Perú está obligado vía tratados internacionales, a fin de no sólo modificarlo sino a fin de adecuarlo a la regulación internacional de esta figura y brindar mayor protección a lo que ellas postulan.

Desde el punto de vista del sujeto activo, cabe analizar el artículo en comento a efectos de determinar una posible regulación deficiente al comprender únicamente al agente estatal, como inicialmente este artículo ha estado construido, hasta su modificación mediante Decreto Legislativo 1351 del 10 de enero del 2017, en el que se comprende a cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel. Así como la justificación de considerar también al agente no estatal sin vínculo con el Estado en consonancia con el Estatuto de Roma y con lo previsto en el Artículo 3 de la Convención Internacional sobre Desaparición Forzada de Personas, el cual es normativa relevante para el Perú por haber sido suscrita por nuestro país. Con el fin de salvar espacios de impunidad, al dejar sin sanción al agente no estatal.

Por ello, nuestra investigación ha de dirigirse a demostrar si la descripción del tipo penal del delito de desaparición forzada en el sistema Penal Peruano, cumple con una adecuada técnica legislativa y si su estructura típica se ajusta a los estándares internacionales, proporcionados por los tratados en la materia de los que el Perú es parte. Para este efecto realizaremos un adecuado estudio dogmático y doctrinario de la Desaparición Forzada desde la mirada de los instrumentos internacionales y a partir de allí la construcción que se ha realizado en la legislación Nacional, valorando al mismo tiempo sus modalidades básicas y agravadas en función al cumplimiento que el Estado Peruano hace de los tratados Internacionales.

También buscaremos establecer si nuestro sistema penal cumple con los fundamentos técnicos necesarios para afrontar la labor de criminalización de la desaparición forzada, como comportamiento lesivo al bien jurídico humanidad. Identificaremos si la normatividad punitiva vigente es adecuada, a los efectos de propiciar los mecanismos idóneos para la prevención y protección del bien jurídico humanidad relacionada directamente con la desaparición forzada. Determinaremos si los legisladores emplean criterios técnicos uniformes, al momento de decidir la criminalización de las conductas que atentan contra el bien jurídico humanidad en relación al delito de desaparición forzada. Todo ello con la finalidad de también proponer las modificaciones legislativas necesarias.

**EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA Y SU
TRATAMIENTO EN EL DERECHO PERUANO
EN EL MARCO DE LOS ESTANDARES INTERNACIONALES**

**PRIMERA PARTE
FUNDAMENTOS GENERALES**

**CAPÍTULO I
PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO**

1. Planteamiento del problema

1.1 Descripción de la realidad problemática

La Desaparición Forzada, constituye un crimen que se ha venido produciendo y se sigue perpetrando en todo el mundo, sin precisión de data en su historia, pero siempre con un carácter de ataque múltiple, continuo y sistemático dado el número de las víctimas sobre quienes ha recaído, y sobre todo por la violación grave de diversos derechos fundamentales del ser humano, que en su conjunto constituyen

vulneración de la dignidad humana. Esta violación múltiple de varios derechos fundamentales protegidos tanto por las normativas internacionales como nacionales vulnera al mismo tiempo el goce a cada ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica, en especial el derecho a la vida o el grave peligro de ella, la seguridad, la libertad de la persona, exponiendo a la víctima a una estado de indefensión total, que acarrea asimismo vulneraciones conexas graves, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Práctica que no es patrimonio exclusivo de una determinada región del mundo, –como se va a desarrollar más adelante – que tiene en sus registros más recientes las graves desapariciones forzadas perpetradas en la Alemania Nazi, quienes la utilizaron con la finalidad de generalizar el terror en las poblaciones y así reprimir su oposición. Existiendo el primer documento sobre este crimen con el decreto *Nacht und Nebel* (noche y niebla) declarado por EL Tercer *Reich* el 7 de diciembre de 1941, que da cuenta del arresto secreto y la transferencia a Alemania aprovechando la oscuridad de la noche de opositores al gobierno que habían constituido movimientos de resistencia en los territorios ocupados. Teniendo como *modus operandi* la aprehensión de personas y la negación de su aprehensión a familiares o cuanta persona solicitara su información, generando con ello miedo y ansiedad generalizada entre sus familiares por la desaparición de sus seres queridos, consiguiendo con ello la intimidación y el miedo generalizado. Estas personas desaparecidas fueron deportadas a Alemania, incomunicadas, y mantenidas en condiciones extremas, en muchos de los casos sometidos a juicios secretos que culminaban con la pena de muerte. Determinándose que serían alrededor de siete mil personas (7,000) las víctimas de desaparición. Tal como narra Kai Ambos y María Laura Böhm citando a Cornelius, “éstas personas podían ser detenidas por simples sospechas y ser *desvanecidas*, de modo que no pudiera obtenerse información sobre su paradero”. (2009, p. 199). De modo más detallado tanto sobre los aspectos históricos, jurídicos y su relevancia en la

actualidad del decreto “*Nacht und Nebel*” (noche y niebla) puede verse el trabajo de Reiner Huhle (2014, pp. 251 y ss).

En América Latina también se utilizó la Desaparición Forzada como una política de Estado, que de manera sistemática reprimía a los ciudadanos. Tal es así en los años sesenta y setenta los Países de Guatemala, Brasil y paulatinamente en otros países del orbe para la década de los setenta y ochenta que tuvo la característica principal de la negativa u ocultamiento de información del paradero de las víctimas (Alflen, 2009, p. 41), los gobiernos de turno utilizaron estas prácticas con la finalidad de reprimir a sus rebeldes, que eran en decenas de miles y con la finalidad de someterlos a torturas, los aprehendían y en muchos casos los ejecutaban, para esconder luego sus cuerpos o destruirlos bajo diversos métodos y con ello borrar todo rastro de su crimen para quedar en absoluta impunidad.

Conocido como la *Operación Cóndor*, plan que se sustentaba en la defensa de lo que llamaron *la doctrina de la seguridad Nacional*, por la que Países de América Latina, Argentina, Brasil, Paraguay, Chile, Uruguay y Bolivia y eventualmente Perú, Ecuador y Bolivia, confluyeron en un plan de apoyo mutuo entre sus regímenes entonces dictatoriales para sostener una política neoliberal en la economía de sus Estados, para ello todo opositor a estas políticas deberían ser eliminados, en justificación de su política de seguridad Nacional, manteniendo el statu quo que la entonces gran potencia de América Latina imponía, para ello se debía de eliminar la oposición de los rebeldes y derrocar los gobiernos de políticas socialistas. Determinándose que entre ellas treinta mil personas fueron desaparecidas (Lopez-Cárdenas Mauricio, 2017, p.220).

Lo mismo ocurrió en Colombia y Honduras, con la misma finalidad deshacerse de los opositores políticos de manera secreta y al mismo tiempo generando zozobra e intimidación en su población como un mensaje siniestro para su represión, de esa manera se fue creando un sistema penal paralelo y característico del siglo XX que ha sido

denominado como un derecho penal subterráneo que tiene como principal característica el uso del poder penal para la desaparición y muerte de personas sin un proceso legal (Zaffaroni, 2009, p. 49 y ss) (Aniyar, 1985, pp. 301 y ss)

Para la década de los ochenta este crimen se había agudizado en todas las regiones del mundo, conforme lo ha acotado el Grupo de Trabajo de la ONU. Básicamente en lugares donde los Estados estaban sufriendo conflictos internos; tal es el caso de Nepal, donde alcanzó proporciones de crisis, tal como lo refirió Human Rights Watch, Colombia, la Federación Rusa en la que Human Rights Watch estimó que se habían determinado la desaparición de entre 3000 a 5000 personas en Chechenia en manos de Rusos, los cuales en su mayoría serían torturados y luego ejecutados, en Sudán y otros Países.

Para fines del siglo pasado, en América Latina, se hizo uso de esta práctica nefasta en varios Países, conforme lo preciso líneas arriba, tal es así que en Perú para aquella época se produjo un conflicto armado interno con el levantamiento en armas del Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso, contra los representantes de los partidos tradicionales y legítimos instaurados; sobre todo con la población básicamente rural, apoyados en ideologías fuertemente arraigadas en sus adeptos y sobre todo con total desconsideración de los derechos humanos (CVR, pp. 14 y ss). Razón por la cual el Estado Peruano, en su afán de contrarrestar el avance del conflicto deja la conducción de la lucha contrasubversiva a las fuerzas militares y policiales, sin realizar un diagnóstico y actividad planificada para hacer frente (ibídem, pp. 244 y ss). En esas circunstancias es que se producen el mayor número de desapariciones forzadas, significando que las Fuerzas Armadas modifican su ataque contrasubversivo y organizan bajo su conducción a los Comités de Autodefensa, conformado por civiles sin ninguna preparación para la lucha contrasubversiva. Advirtiendo la CVR que se le imputaría a estos comités de autodefensa el 32.26% de muertos y desaparecidos y el

28.73% de muertos y desaparecidos a los miembros de las fuerzas militares.

Así, en esta tesis, se considera al delito de Desaparición Forzada como un crimen de lesa humanidad; es decir, la Desaparición Forzada con carácter sistemático o generalizado. Hacemos esta acotación para distinguirlo de la comisión de otro tipo de conductas pero que ocurren de manera aislada o bajo otros contextos como el ocurrido producto de un accidente, de una calamidad o un conflicto en campo de batalla, que también se conocen como los desaparecidos en combate.

El Análisis de la Desaparición Forzada que se realizará será a partir de la definición dada por los instrumentos internacionales del que se resaltan tres elementos constitutivos fundamentales los cuales son:

a) La privación de la libertad. b) La negativa de informar el paradero del desaparecido. c) El sujeto agente.

El primer elemento, referido a la privación de libertad, abordamos la problemática de ser considerados por algunos sectores de la doctrina como el elemento central de este delito; sin embargo, en este trabajo se apunta que ello no es así, pues este elemento es el inicio de la prosecución; lo más importante en este delito es el ocultamiento del paradero de la víctima, ya que ello va a repercutir en la imposibilidad de hacer uso de cualquier medio legal para ejercer sus derechos fundamentales, así como por la zozobra e incertidumbre que causa a su familia y terceros su desconocimiento (). Para tal efecto se valora lo expuesto en la doctrina y la jurisprudencia internacional, precisando las situaciones de privación de la libertad que están consideradas como tales para cumplir con este presupuesto.

En cuanto al segundo elemento, falta de información sobre el paradero de la persona afectada, existen dudas sobre su cumplimiento desde la

óptica del sujeto agente no estatal con vínculo o del sujeto agente no estatal autónomo, por cuanto su cumplimiento sería considerado para algunos como la afectación al Derecho a la Defensa en su vertiente de la prohibición de autoincriminación; sin embargo, en este trabajo dilucidaremos este extremo como es que no existe tal vinculación.

En cuanto al tercer elemento relativo al sujeto activo inicialmente el artículo 320 del Código Penal consideraba únicamente al agente estatal como sujeto activo generando un vacío respecto a las desapariciones perpetradas por los miembros de los Comités de Autodefensa, los ronderos, grupos de personas que inicialmente no fueron armados y que al fortalecerse desplegaron sus actividades a lo largo de los departamentos del Perú, en lugares donde se venía desarrollando la lucha contra el terrorismo, posteriormente el Estado Peruano, a través de sus autoridades, los convocaron para el apoyo en la lucha proveyéndoles armamento y logística indispensable para el desarrollo de sus actividades contrasubversivas. Conformando organizaciones políticas. También respecto a las organizaciones políticas propiamente dichas u otros particulares en calidad de colaboradores, o aquellas organizaciones sin vínculo con el estado, quienes simplemente no tendrían ninguna responsabilidad en la comisión de este delito.

No obstante que para la doctrina, la jurisprudencia y legislación internacional, resultaba sumamente restringida, en tanto y en cuanto el Perú, con anterioridad suscribió la CIDFP en la que se comprometió a la adecuación de su legislación interna en función a parámetros supranacionales de los tratados suscritos, esto es considerar no sólo al sujeto activo del delito al agente estatal, que de por si viene a ser el sujeto activo por antonomasia; sino que también deberá considerar al agente no estatal que actúa con voluntad o aquiescencia del agente estatal o del Estado.

Sin embargo, dicha problemática todavía no ha sido zanjada, ello porque el artículo 320 que regula las conductas tipificadas como Desaparición Forzada considera al agente no estatal que tiene vínculo con el Estado o con uno de sus órganos; así mismo, hace falta conocer el sustento por el cual este agente no estatal asume la participación en este delito, y a título de que figura delictiva la desarrolla a fin de conocer no sólo desde cuando realiza dicha conducta, si se tiene en cuenta el momento y la circunstancia de la aprehensión si es necesario contar con este supuesto y desde qué momento se configura este delito para ese agente no estatal con vínculo con el Estado.

Pero las problemáticas no culminan en este estadio, sino que al dar cuenta de los instrumentos internacionales concernientes al delito de Desaparición Forzada de los que el Perú es parte, se aprecia que el sujeto activo del delito no siempre se ha considerado al agente estatal, o el agente no estatal que actúa con consentimiento o aquiescencia de aquel, sino que existe una tercera clase de sujeto activo, este es el agente no estatal sin vínculo con el Estado, o como muy común mente se denomina en la doctrina como un agente no estatal autónomo, o un agente indirecto; este agente vendría a ser parte de una organización política que tiene una estructura con ciertas características similares a la estructura estatal que permita la obligación de entregar información, ello es así luego tener en cuenta el contenido del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que considera también como sujeto activo al agente no estatal sin vínculo con el Estado, esto es, las organizaciones políticas.

En base a ello el presente trabajo persigue identificar las características y el sustento normativo y jurisprudencial respecto no solo del agente no estatal con vínculo, sino respecto de este tercer elemento, el agente no estatal autónomo; tema que no ha sido directamente abordado en función a nuestra legislación, resultando no sólo novedoso, sino que de mucho interés para su aplicación en el marco de la legislación Nacional, ello fundamentalmente porque permitirá abarcar un mayor número de

sujetos activos no considerados hasta entonces en la perpetración de estos crímenes, innovación que se adelanta a la realidad Peruana, y que resulta vital, en el camino de la defensa de los Derechos Humanos, planteando como sujeto a la organización política para los efectos de su sanción internacional, sin dejar de lado que aún no exista una conexión entre el agente no estatal y el Estado, si existe una responsabilidad de éste en la perpetración de este crimen.

Lo dicho nos lleva a la necesidad de plantearnos si la regulación que actualmente tiene nuestro ordenamiento penal respecto del delito de desaparición forzada de personas, que está tipificado en el artículo 320º del Código Penal, cumple con los estándares internacionales mínimos a los que el Perú está obligado vía tratados internacionales, a fin de no sólo modificarlo sino a fin de adecuarlo a la regulación internacional de esta figura. Dado que la regulación deficiente del delito de desaparición forzosa podría generar sin duda, espacios de impunidad al dejar sin sanción a cualquier grupo de personas que teniendo alguna vinculación con el Estado o alguna organización política o de cualquier otro tipo, actúen en su nombre, representación, con su consentimiento o aquiescencia.

Un elemento relevante que apoya la necesidad de ampliar la condición del sujeto activo a cualquier persona, el denominado “derecho a la verdad”, cuyo desarrollo se ha hecho a partir de la cláusula abierta contenida en el artículo 3º del Texto Constitucional. En virtud a este derecho fundamental, toda persona que ha sido víctima o agraviada por la desaparición de alguien, tiene derecho a conocer la verdad de tales hechos, que incluye no solo saber del resultado del sujeto desaparecido que podrá ser hallado con vida o sin ella, sino también, impone el deber de buscar, identificar y sancionar a los responsables de la desaparición.

Otra problemática que se aborda aquí, es la aplicación de los estándares internacionales, específicamente la CIDFP y la Jurisprudencia de la

CIDH en el tema de la probanza en la prosecución y aplicación del delito de DF, esto es, la valoración que se está haciendo de los medios de prueba directos e indirectos, en observancia de los estándares internacionales, sobre todo de lo dispuesto por la CIDH, que conforme una serie de pronunciamientos tales como el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (fj. 131), el caso González Medina y Familiares vs República Dominicana (fj.134), el caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú (fj. 150), entre otros, resulta preocupante la absolución de los presuntos implicados en estos casos, bajo no valoración de la prueba por indicios por parte del Colegiado que ha conllevado que exista un porcentaje mayoritario de absoluciones en los casos que llegan a juicio oral sobre este Delito, como se verá del estudios de las sentencias emitidas durante los años 2004 al 2008, por la Sala Penal Nacional de la Corte Superior de Justicia de Lima.

1.2. Problema de investigación

1.2.1. Problema general

¿La tipificación del delito de desaparición forzada en el sistema penal Peruano, cumple con una adecuada técnica legislativa y se ajusta a los estándares internacionales?

1.2.2. Problemas específicos

1.2.2.a) ¿La tipificación de la desaparición forzada en el sistema penal peruano es adecuada, en cuanto al sujeto activo del delito?

1.2.2. b). ¿Existe en el Perú un adecuado desarrollo teórico - doctrinario de la desaparición forzada como delito?

1.2.2. c). ¿El legislador peruano ha cumplido con los fundamentos técnicos y las normas internacionales necesarios para afrontar la labor de criminalización de la desaparición forzada?

1.2.2. d). ¿Los operadores del derecho han cumplido con aplicar la jurisprudencia internacional de la CIDH en la valoración de la prueba en los procesos sobre Desaparición Forzada?

2. Objetivos de la investigación

Toda investigación científica se desarrolla sobre la base de dos tipos diferenciados de objetivos: Objetivo general y objetivos específicos. El objetivo general indica el grado de conocimiento que se desea obtener como resultado de la investigación, mientras que los objetivos específicos pretenden reseñar los resultados o metas parciales obtenidas durante el proceso de estudio:

2.1. Objetivo general

Demostrar si la tipificación del delito de desaparición forzada en el sistema penal peruano, cumple con una adecuada técnica legislativa y si su estructura típica se ajusta a los estándares internacionales, proporcionados por los tratados en la materia de los que el Perú es parte.

2.2. Objetivos específicos

2.2.a) Establecer si podría comprenderse en la tipicidad del delito de desaparición forzada, el caso del agente no estatal sin vínculo con el Estado, como podría ser el caso de organizaciones políticas que eventualmente dirigieran su accionar a la desaparición de personas.

2.2.b) Realizar un adecuado estudio dogmático y doctrinario del delito de desaparición forzada en su modalidad básica y sus formas agravadas.

2.2.c) Establecer si nuestro sistema penal cumple con los fundamentos técnicos necesarios para afrontar la labor de criminalización de la desaparición forzada, como comportamiento lesivo al bien jurídico humanidad.

2.2.d) Establecer si se ha dado cumplimiento a la Jurisprudencia de la CIDH en cuanto a la valoración de la prueba en los Procesos penales sobre Desaparición Forzada tramitados ante la Sala Penal Nacional durante los años 2004-2008

2.3.e) Proponer las modificaciones legislativas necesarias.

3. Método de investigación

Se puede afirmar que los principales métodos de investigación son el descriptivo y el experimental, los cuales difieren entre sí tomando como referencia los fines perseguidos.

En el presente caso nos preocupa describir una realidad problemática de deficiencia normativo-protectora, por lo que la presente investigación es de

tipo jurídico y se enmarca dentro del método descriptivo-explicativo, porque consiste en describir, analizar e interpretar sistemáticamente un conjunto de hechos o fenómenos con miras a su explicación y crítica.

4. Diseño de la Investigación

El término diseño se refiere al plan o estrategia concebida para obtener la información que se desea. Al efecto, existen diferentes clasificaciones de los tipos de diseño, pero en el presente trabajo de investigación se utilizará el descriptivo – correlacional, ya que se trata de establecer el grado de relación que existe entre el diseño normativo punitivo y tipificación del delito de desaparición forzada.

Se propone el diseño de una investigación teórico dogmático, en la que se apelará a fundamentos doctrinarios, históricos y comparativos, que permitan realizar una adecuada función interpretativa de la realidad problemática, a la espera de canalizar aplicativa y explicativamente los resultados y conclusiones.

5. Marco teórico

Según el maestro Hugo Vizcardo en su tesis de Doctorado:

“La investigación se realizará sobre la base de los aportes científicos y doctrinarios de:

- ❖ Teoría del delito
- ❖ Teoría de la coerción penal
- ❖ Principio de legalidad
- ❖ Principio de proporcionalidad
- ❖ Principio de lesividad
- ❖ Principio de subsidiaridad

- ❖ Principio de necesidad
- ❖ Principio de relevancia penal
- ❖ Principio de mínima intervención”

Nuestra investigación pretende analizar el delito de desaparición forzada desde sus perspectivas legislativas, así como desde su aplicación práctica en los distintos casos resueltos tanto a nivel nacional como en el derecho comparado. En ese sentido, nuestro enfoque busca desarrollar determinados criterios y fundamentos para mejorar la regulación legal del delito de desaparición forzada en nuestro país acudiendo al estudio de la legislación y la jurisprudencia nacional y comparada.

En ese sentido, es la teoría del positivismo jurídico quién determinará en gran medida las bases teóricas para el desarrollo de la investigación. De igual modo, el delito de desaparición forzada está íntimamente ligado a la protección y regulación de derechos esenciales de la persona, así como la cercana vinculación con los derechos fundamentales, también será necesario abarcar la teoría de los derechos fundamentales, pues ella dará sustento a la investigación.

El positivismo jurídico: Ante todo, h que partir de la afirmación hecha por el profesor Santiago Nino respecto al positivismo, puesto que para él es complicado referirnos al positivismo ya que esta expresión es marcadamente ambigua pues en ella se haría referencia incluso a cuestiones que nada tienen que ver. (Nino, 2003, p. 30). De este modo, en sus orígenes y respecto a una clase de esas referencias a las que se refiere Nino es la realizada por el “[...] alemán Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) que adhiriéndose al positivismo científico comteano creó el «positivismo jurídico». Para ello, del Derecho» o movimiento pandectista” (Pandectas o Digesto del Corpus Ius Civilis) sublevándose contra el derecho natural imperante, de ese entonces” (Del Solar rojas 2009, p. 40), pero es necesario aclarar que este estilo de positivismo no es el único que se ha construido, ya que “[...] el debate sobre el positivismo jurídico ha llegado a ser

enormemente tedioso. Quizá se trate de uno de los ámbitos donde mayor virulencia teórica se ha desplegado en las últimas décadas, y es probable que estemos ante una de las polémicas más trilladas de la filosofía jurídica del siglo xx” (Llorendo, 2017. P. 250)

Pero no por ello se negará que el positivismo jurídico, así como el iusnaturalismo, la teoría crítica del derecho y últimamente el neoconstitucionalismo son corrientes que vienen siendo estudiadas en la teoría general derecho ya que presentan las bases del derecho en general.

Así mismo, distinta las demás, el positivismo explica el derecho desde un punto de vista monista: “El positivismo jurídico es una concepción doctrinal del Derecho monista, en el sentido de que sólo admite la existencia de un único Derecho: el Derecho positivo. Para esta teoría jurídica la propia noción general del Derecho se identifica con el Derecho positivo, impugnando el carácter jurídico del Derecho natural que queda relegado al ámbito de las exigencias morales, de las convenciones sociales o de las ideologías políticas” (Pérez Luño 2008, p. 230).

Es todavía relevante una discección interna del positivismo, ya que en ella habitan tres tipo de positivismo —o al menos son los que se han postulado a la fecha — y estos son: el positivismo que postula el escepticismo ético, positivismo ideológico, el positivismo que postula el formalismo jurídico y el positivismo metodológico (Nino, 2003, pp. 30-44)

Parece importante el postulado del positivismo metodológico, pues pretende darnos una explicación general del derecho, a partir de un modelo metodológico con determinados alcances: *“El positivismo jurídico responde a una preocupación metodológica general y descriptiva para ofrecer una explicación y aclaración acerca de lo que es el derecho en cualquier tiempo y lugar, la ideología positivista –enmarcada en un ámbito político y no*

analítico- tiene como fin prescribir un determinado modelo de derecho" (Jiménez Cano 2008, p. 86).

De esta forma, son tres las vertientes que han indagado acerca de la perspectiva que presenta el positivismo acerca del derecho, JIMÉNEZ las describe a continuación: "El objetivo descriptivo del positivismo jurídico posee tres vertientes. En su primera vertiente, la pretensión descriptiva está muy ligada al propio proyecto general y analítico. En tal sentido, la teoría ius positivista consiste en identificar y explicar el derecho tal como es, lo cual presupone la aceptación de la gran división entre ser y deber. En su segunda vertiente, se puede decir que la teoría del derecho positivista es descriptiva si sus enunciados son verdaderos. En su tercera y última vertiente, y también como consecuencia de la dicotomía ser-deber, se dice que el positivismo jurídico es una teoría metodológicamente descriptiva porque no pretende evaluar, justificar o legitimar aspecto alguno de su objeto" (idem).

Teoría pura del derecho: Para hablar de manera mucho más exacta sobre este tema, es casi una obligación remitirnos a las propias palabras de KELSEN, así el afirmó que "si ella se califica como teoría "pura" del Derecho, es porque pretende garantizar un conocimiento dirigido solamente hacia el Derecho, y porque pretende eliminar de este conocimiento todo lo que no pertenece al objeto exactamente señalado como Derecho. Es decir: quiere librar a la ciencia jurídica de todos los elementos extraños" (1941, pp. 25)

De esta forma, la teoría pura del derecho constituye uno de los frutos del positivismo jurídico y postulado por Kelsen, que parte del modelo de normas positivos planteados por este autor, así, *"la teoría pura del derecho permite definir todos los conceptos jurídicos básicos a partir de las normas positivas que integran un ordenamiento jurídico, y con independencia de sus contenidos específicos. Constituye una teoría general del derecho, pues no pretende explicar el funcionamiento de un sistema jurídico en particular, sino aquellos aspectos estructurales comunes a todos los fenómenos normativos a los que aplicamos la expresión "derecho"* (Bonorino 2008, p. 42).

Derecho positivo: Otros de los conceptos que nos permite comprender de manera general el positivismo jurídico es lo que se entiende por derecho positivo, a continuación brindamos la definición de PÉREZ: “Con la expresión «Derecho positivo» se designa el *ius in civitate positum*, es decir, *el Derecho puesto o impuesto por quien ejerce el poder en una determinada sociedad, y por ello, válido en su ámbito. La idea de una distinción entre el Derecho establecido o puesto a través de las normas que expresan la voluntad de la autoridad (nómos) y las leyes que expresan la justicia de la naturaleza (nómos) y las leyes que expresan la justicia de la naturaleza (physis)*” (Pérez Luño 2008, p. 226).

A decir de Kelsen, desde el punto de vista de la teoría Pura del Derecho “[...] *El Derecho positivo es un orden coercitivo cuyas normas son creadas por actos de voluntad de los seres humanos, es decir, por órganos legislativos, judiciales y administrativos o por la costumbre constituida por actos de seres humanos, pueden modificarse arbitrariamente, y efectivamente son diferentes en distintos tiempos y entre pueblos diferentes. Una teoría que limite su objeto a estas normas corresponde al principio del positivismo jurídico*” (Kelsen 2003, p. 63).

Características del positivismo: A continuación presentamos algunas de las características que diferencia al positivismo jurídico de otras corrientes del derecho a partir de algunos de los postulados que presentó en su momento:

Modelo de reglas: El modelo de reglas es presentado por el positivismo jurídico de la siguiente manera: “*El modelo adecuado para explicar (o dar cuenta de) la estructura de un sistema jurídico es el modelo de las reglas. Por reglas hay que entender normas que correlacionan la descripción cerrada de un caso con una solución normativa. El ideal regulativo es el de la tipicidad, es decir, normas generales y cerradas cuya aplicación no exige*

(más bien excluye) cualquier forma de deliberación práctica o de valoración” (Aguilo 2010, p. 21).

Relaciones lógicas: La segunda característica que nos sirve de distinción es cómo el positivismo percibe las relaciones lógicas entre las normas: *“Entre las normas (las reglas) de un sistema jurídico se dan relaciones lógicas de deducibilidad. Dos normas son consistentes (lógicamente compatibles entre sí) cuando es posible cumplir ambas normas simultáneamente. Los conflictos entre normas son, pues, de naturaleza lógica y suponen la imposibilidad de cumplimiento simultáneo de dichas normas. Los conflictos entre reglas se resuelven mediante la exclusión de una de las dos reglas”* (Ibídem, p. 22).

Correlatividad entre derechos y deberes: La tercera característica que ha sido una de las más discutidas desarrolla la relación entre los derechos y deberes como enunciados jurídicos del derecho positivo: *“Los enunciados jurídicos de derechos relativos a un sujeto o una clase de sujetos son siempre reducibles a enunciados de deberes de otro u otros sujetos. Decir que alguien tiene un derecho puede traducirse, sin pérdida de significación, a enunciados de deber de otro u otros sujetos. Derechos y deberes son, pues, correlativos”* (Ibídem, p. 23).

Modelo de subsunción: La cuarta y última característica se encarga de describirnos el modelo de subsunción planteado por el positivismo: *“Congruentemente con el modelo de las reglas, el arquetipo de razonamiento jurídico es el razonamiento subjuntivo. La justificación por subsunción consiste centralmente en mostrar que el caso concreto que se trata de resolver encaja (es subsumible) en el caso genérico descrito (regulado) por la regla”* (Ibídem, p. 24).

La ideología positivista: Es importante para nosotros también introducir lo que se ha entendido por ideología positivista para establecer los límites

diferenciadores con el positivismo jurídico: *“La ideología positivista explica la preferencia de optar por el positivismo jurídico basándose no en razones científicas, esto es, por su superioridad a la hora de ofrecer una mejor descripción del funcionamiento real de los sistemas jurídicos, sino por razones éticas o por el atractivo de sus prescripciones acerca de cómo un sistema jurídico debería ser”* (Jiménez Cano 2008, p. 86).

Aportes del positivismo jurídico: El positivismo jurídico es la primera teoría general derecho propiamente formulada *“La teoría del Derecho de Kelsen es, por otro lado, la primera teoría del Derecho que merece ser calificada precisamente de teoría, esto es, de un cuerpo trabado de proposiciones desde el que se intenta dar respuesta a los problemas que plantea un cierto dominio”* (Ruiz Manero 2014, p. 49).

Así es innegable el inmenso aporte que dejó el positivismo a la teoría general del derecho, muchas teorías posteriores que surgieron como críticas y formas de contrarrestar este modelo, tomaron y mantienen algunos de los aportes del positivismo.

Es por ello que algunos autores han denominado a estas teorías posteriores post-kelsenianas por dos razones: *“Vale la pena señalar que toda la teoría del Derecho actual es post-kelseniana, en un doble sentido: no sólo en el sentido de que no se puede entender sin Kelsen, sino también en el de que sus obras principales han venido construyéndose en diálogo con Kelsen. Esto es particularmente claro en el caso de la gran generación positivista post-kelseniana: la ingente obra de Bobbio, El concepto de Derecho de Hart, o Sobre el Derecho y la justicia de Ross son textos contruidos precisamente en diálogo con Kelsen y frente a Kelsen”* (Ibídem, p. 48).

La presente investigación tiene como marco fundamental doctrinario, la teoría del positivismo ya que es a partir del reconocimiento de la ley positiva y la importancia en la regulación de conductas criminales, lo que centra la

atención de nuestro trabajo. Es por ello que, el eje central es esta doctrina donde la ley y su regulación se convierten en uno de los elementos fundamentales del Derecho y de la regulación social, como lo es la regulación del delito de desaparición forzada.

La teoría de los derechos fundamentales: Nuestra investigación aborda el estudio del delito de desaparición forzada, el mismo que, de acuerdo a las especiales circunstancias de su perpetración podrá ser considerado como crimen de lesa humanidad, con repercusiones mucho más trascendentes. Es por ello que, nuestro trabajo también se sustentará en la teoría de los derechos fundamentales como garantía de particulares como seres humanos frente al ejercicio del poder estatal.

Definición de derechos fundamentales: Para abordar la teoría de los derechos fundamentales, debemos partir de la noción que se tiene acerca de los mismos. Los derechos fundamentales tiene su fuente en la persona y sus diversas dimensiones, individual, social, política, entre otras, en las que se desenvuelve dentro del Estado.

Al respecto PECES-BARBA considera sobre la denominación “derechos fundamentales”, se quiere constatar por un parte el lugar que en el ordenamiento jurídico tienen estos derechos y libertades –que a nivel de los derechos subjetivos tiene la máxima consideración legal en el rango de las normas que los reconocen- generalmente en el nivel superior de la jerarquía normativa. De otro lado señala que esta denominación de “derechos fundamentales”, son el elemento esencial en el contenido actual de la teoría de la justicia, de la legitimidad racional, con lo cual esta denominación quiere señalar también su carácter modélico y pragmático que ocupa el máximo nivel del ordenamiento jurídico, manifestación de la legitimidad legalizada (1980, pp. 13 y 14).

Los derechos fundamentales tienen entonces como punto de partida y centro de atención a la persona, y su contexto de desenvolvimiento. De allí que es la personas y sus valores esenciales el objeto más importante de protección y desarrollo de los derechos fundamentales. En se sentido GONZALES señala que, *“el reconocimiento y una eficaz tutela de estos derechos fundamentales constituyen elemental garantía de la dignidad de la persona. Si un Ordenamiento arbitra medidas que permiten la plena realización de esos derechos, en ese Ordenamiento estará garantizada la dignidad de la persona”* (Gonzales Pérez 1998, p. 803).

Esta naturaleza humana de los derechos fundamentales es justamente la que los coloca en ese orden prioritario y jerárquicamente superior del ordenamiento, como señalaba PECES-BARBA, y cuya legitimidad en el orden jurídico no sólo se halla garantizada sino que corresponde a la propia naturaleza política de la persona organizada en las entidades estatales (Loc. Cit.).

Por su parte GOMEZ ROBLEDO, al analizar la naturaleza de los derechos humanos señala que La expresión “derechos humanos” tiene una connotación doble. De un lado, designa en primer lugar, un aspecto de “posesividad”, esto es, derechos poseídos por el hombre, que le son “inherentes”, “naturales”, y que recubren por lo menos los derechos relativos a los dos elementos fundamentales del hombre, que serían tanto su cuerpo mismo, como su intelecto (1998, p. 788).

Los derechos fundamentales como teoría: DWORKIN al respecto se ha referido a la presencia de una teoría de derechos fundamentales, los que, se han estructurado como un modelo de garantías tutelables frente al Estado. En ese sentido señala que *“Nuestro sistema constitucional descansa sobre determinada teoría moral, a saber, que los hombres tienen derechos morales en contra del Estado... El Derecho constitucional no podrá hacer auténticos avances mientras no aísle el problema de los derechos en contra del Estado. Ello requiere una función del Derecho constitucional y la teoría de la ética,*

una vinculación que, por increíble que parezca, todavía está por establecerse” (Peces Barba 1999, p. 32).

Seguidamente, es ALEXY el que desarrolla también una perspectiva de los derechos fundamentales como teoría, al respecto señala que: *“una teoría general de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría en la que se consideran los problemas que se plantean en todos los derechos fundamentales o en todos los derechos fundamentales de un tipo, por ejemplo, en todos los derechos de libertad, de igualdad o de prestaciones. Su contrapartida es una teoría particular, se trata de problemas especiales de los derechos fundamentales singulares... Así, una teoría cerrada en los problemas comunes a todos los derechos de libertad es, por cierto, una teoría general pero es menos general que una teoría en la que de lo que se trata es de cuestiones que afectan a todos los derechos fundamentales” (1993, p. 34 y 35).*

Al respecto ALEXY señala que la teoría de los derechos fundamentales deberá sostenerse sobre tres características básicas: a) Es una teoría de los derechos fundamentales de la Ley fundamental; b) Es una teoría jurídica y, c) Es una teoría general (1993, p. 28).

Así entonces, los derechos humanos representan una categoría jurídica cuyo reconocimiento constituye el fundamento de todo Estado moderno y de todo sistema jurídico sobre el cual éste se desarrolla. Además de ello, representan los pilares de desarrollo del ordenamiento jurídico así como los elementos principales en la interpretación y actuación de los órganos estatales.

He allí la importancia para efectos del desarrollo de la presente investigación, la necesidad de tomar como referencia no sólo del sistema jurídico, sino de cada actuación estatal, a los criterios que reposan en los derechos fundamentales, más aun cuando éstos se ven plasmados en la diversa normativa nacional e internacional de los ordenamientos jurídicos.

Derechos fundamentales y su positivización: Si bien los derechos fundamentales como hemos descrito, permiten desarrollar una teoría en torno a ellos, la misma sirve de sustento de ordenamiento jurídico del Estado. Eso nos lleva a sostener además que en ese camino los derechos fundamentales se han ido plasmando en diversas normas del derecho interno.

Sobre este punto, PECES-BARBA señala que *“los derechos subjetivos en cuanto posibilidad individual de apropiación de lo establecido en una norma, para proteger un interés o para dar fuerza jurídica a la voluntad individual, son, pues, la forma jurídica de los derechos fundamentales, situados por otra parte en el ámbito del Derecho Público”* (1999, p. 59).

También al respecto HESSE señala que *“los derechos fundamentales influyen sobre el conjunto del derecho. En ese conjunto debemos incluir los elementos organizativos y procedimentales, y también, más allá de la relación jurídica del individuo con el Estado, la relaciones entre los particulares”* (2011, p. 158).

De esta forma, los derechos fundamentales como parámetros normativos, que han sido positivados en el ordenamiento jurídico, comprometen seriamente a los distintos poderes del estado, en los órganos jurisdiccionales y en las relaciones privadas.

Para que la filosofía de los derechos humanos se convierta en derecho positivo vigente, se requieren determinadas exigencias:

Sea reconocida por una norma jurídica positiva (norma que deberá ostentar el rango de constitucional o de ley ordinaria).

Por esta norma se dimane la oportunidad para que los sujetos de derecho se atribuyan como derecho subjetivo, como facultad, ese derecho fundamental.

La infracción de estas normas o el desconocimiento de los derechos subjetivos que de ellas deriven, de lugar a la acción de los titulares ofendidos, para ocurrir a los tribunales de justicia accionando la protección del derecho subjetivo vulnerado así como la restitución de la situación anterior, haciendo uso en el ejercicio de ese derecho el aparato coactivo del Estado (Peces Barba 1999, p. 63).

En la investigación que desarrollamos existe cercana vinculación a la lesión de derechos fundamentales por el delito de desaparición forzada, como son el derecho a la libertad, a la vida e integridad física, así como el derecho a la verdad que les asiste a los familiares de las víctimas desaparecidas.

6. Técnicas de recopilación de datos

Para recabar la información que nos sirvió de base para la elaboración de nuestra investigación y nos servirá de material de reserva para la defensa de nuestra tesis, hemos utilizado el método del fichaje de los textos (revistas y libros). El contenido de las fichas llenadas ha sido la materia de nuestro análisis, síntesis y reflexión. Toda la metodología antes descrita ha sido volcada sobre la información fundamentalmente recabada en las fichas. Asimismo los medios electrónicos han sido una fuente muy rica para el hallazgo de material bibliográfico y hemerográfico.

Para el tratamiento de la legislación nacional nos sirvió de mucho el sistema peruano de información jurídica (SPIJ) y la suscripción a una importante revista de actualidad jurídica.

Aunque no fue lo predominante, los resúmenes descriptivo–analíticos también nos sirvieron para el almacenamiento y procesamiento de información muy importante. Muchos de ellos fueron enriquecidos con el diálogo en los tradicionales talleres de estudio de la Facultad de Derecho de San Marcos.

Hemos utilizado también el recurso de las entrevistas a legisladores, magistrados y profesores especialistas en la materia.

7.- Glosario de términos

Agente: “Personas naturales y jurídicas de derecho público o privado que realizan actividades económicas. En consecuencia son sujetos económicos las personas naturales y jurídicas o conjunto de ellas o bien parte de una u otras” (Diccionario gubernamental y jurídico, 2003, p. 19).

Delito: El artículo 11° del Código Penal establece que son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas. Para Jiménez de Azua, el delito es una acción u omisión Acto típicamente culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se halla conminado con una pena o, en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella (Ezaine Chávez, 2000, p. 334).

Desaparición: “Ausencia sin dejar noticia o sin conocerse las causas. Ocultación voluntaria, Secuestro con ignorancia del paradero. Fuga.” (Cabanellas, 1998, p. 166).

Desaparición forzada: Según la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” adoptada por la “Organización de Estados Americanos” (OEA) se: “(...) considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes” (Artículo II de la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”).

Organización política: “Toda organización política tiene una estructura, constituida por elementos esenciales y no esenciales o secundarios, y una forma, como configuración de las relaciones que se dan en lo interior de la estructura. La forma política es la configuración lógica que resulta de las relaciones entre los elementos de la estructura política. Como exterioridad o contorno de una realidad política, la comprende en su unidad substancial, proporcionándole sentido y singularidad” (Fayt, 2003, p. 142).

Ocultamiento: El Diccionario de la Real Academia Española define el ocultamiento como la acción de ocultar. A su vez ocultar se define como: “1. Tr. Esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista. 2. Tr. Callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir, o disfrazar la verdad”.

Privación de la libertad: “Son supuestos en los que los particulares o, más frecuentemente, las autoridades, al amparo de diversas normas, obligan a algún o algunos ciudadanos a hacer algo que no desearían hacer, o les impiden actuar según desearían” (García, 1995, p. 73).

Derecho a la verdad: “En cuanto se refiere a su dimensión individual del derecho a la verdad, en la actualidad parece claro que el derecho de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos a saber quiénes fueron los responsables, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, las motivaciones de los mismos, el destino de las personas en los casos de desapariciones forzadas o asesinatos, y el estado de las investigaciones oficiales está firmemente garantizado en el derecho, la jurisprudencia y la doctrina internacionales” (Botero y Restrepo, 2005, p. 41).

Principio de legalidad: “Es un principio que identifica el Derecho con la Ley o con aquellas normas de similar jerarquía; en tal virtud a las normas de inferior valor tales como Decretos, Resoluciones y Normas con intereses de parte. Dicha supremacía nace de lo previsto en el art. 138 de la Constitución Política, cuando señala que la Constitución, texto fundamental, prevalece sobre toda otra norma de inferior categoría” (Chanamé, p. 566).

Estado: “Concepto cuya expresión concreta es el gobierno de una Nación. Cuerpo político de una Nación. Concepto de la más amplia expresión de la Administración Pública Central de un país. Espacio territorial cuya población unida por el mismo idioma, costumbres e historia se organiza soberana e independiente bajo una forma de gobierno plenamente aceptada” (Bermúdez, 2004, 174).

Derechos humanos: “Conjunto de condiciones que garantizan ante todo la dignidad intrínseca de la persona, su derecho a la vida y a la libertad, pero no a cualquier clase de vida y libertad, sino a una vida digna que le permita a la persona desplegar sus capacidades, inteligencia y su individualidad como ser único e irrepetible, ello sin distingos de ninguna clase” (Diccionario gubernamental y jurídico, 2003, p. 99). “En todo caso, cuando de derechos humanos se habla por diplomáticos, políticos y periodistas se hace referencia casi siempre a una trasgresión supuesta o real del respeto que el hombre merece como individuo, como ciudadano y como integrante de la comunidad universal” (Cabanellas, 1998, p. 154).

Corte Penal Internacional: La creación de la Corte Penal Internacional (CPI), cuyo Estatuto fue aprobado en Roma en 1998, constituye un significativo progreso en la historia del Derecho Internacional en general y del Derecho Penal Internacional en especial. Por ello, la CPI se configura como una corte penal permanente con jurisdicción mundial, encargada de procesar a individuos acusados de la comisión de los más graves crímenes contra la humanidad. Este avance en la jurisdicción Penal Universal, con la

creación de la CPI, determina un antes y un después en la lucha contra delitos de lesa humanidad, y toda conducta particularmente peligrosa a la raza humana. (Vélez, 2004, pp. 47 y 48).

Corte Interamericana de Derechos Humanos: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos es el máximo tribunal de justicia creado para la protección de los derechos humanos de las personas pertenecientes a los Estados Americanos. La Corte como instancia judicial internacional fue creada para velar por el cumplimiento de las obligaciones contraídas por nuestros países al firmar la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Son siete jueces, juristas de comprobada idoneidad, trayectoria impecable y competencia en materia de derechos humanos, que son propuestos y elegidos por la mayoría absoluta de los Estados Americanos reunidos en la OEA. Allí reside la legitimidad de su actuación” (Chanamé, p. 263).

Tribunal Internacional de Justicia o Corte Internacional de Justicia: La página oficial de la Corte Internacional de Justicia define la misma como: “La Corte Internacional de Justicia es el órgano judicial principal de la Organización de las Naciones Unidas. Está encargada de decidir conforme al Derecho Internacional las controversias de orden jurídico entre Estados y de emitir opiniones consultivas respecto a cuestiones jurídicas que pueden serle sometidas por órganos o instituciones especializadas de la ONU”.(ONU)

Víctima: “En sentido amplio, dícese de la persona que sufre violencia injusta en su contra o atropello en sus derechos” (Flores, 1988, p. 577).

Impunidad: “Delito no castigado. Falta de sanción de un hecho antijurídico, por no haberse descubierto a su autor, acción, fuga, indulto, corrupción judicial o prescripción/ Gobernante o autoridad, que por diversas circunstancias realiza actos contra la legalidad de su autoridad, siendo

posteriormente, no sancionada su acción por autoridad u órgano encargado de velar por su cumplimiento” (Chanamé, p. 424).

SEGUNDA PARTE

ESTADO DE LA CUESTIÓN

DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA PROBLEMÁTICA DE LA DESAPARICIÓN FORZADA

1.- Antecedentes del problema de investigación

Esta criminalización constituye un proceso que, en el ámbito internacional, empieza por la estigmatización de determinadas prácticas, sobre todo las más graves, y proporciona una serie de elementos capaces de calificarlas como crímenes contra la humanidad, que directamente afectan la propia dignidad humana a través de los abusos procedentes del Estado y de los particulares

Como ya hemos tenido oportunidad de precisar en la parte introductoria y la postulación del problema de nuestra investigación, los delitos contra la humanidad, dentro del cual comprende, como parte integrante la desaparición forzada, problemática que afecta a todas las naciones del mundo; razón por la cual los organismos internacionales vienen emprendiendo una decidida lucha en su erradicación, en defensa de la dignidad y libertad humana

Así tenemos que, observando el panorama Internacional se puede advertir que la Desaparición Forzada de personas (en adelante DF) desde estos últimos treinta años ha traído gran atención por su práctica sistemática implicando la transgresión de Derechos Fundamentales y ello se ha visto plasmado en la necesidad de diversos Países de crear normas e instituciones orientadas al desarrollo de este complejo tema.

Al inicio de la redacción y aprobación de los instrumentos internacionales, no se concibió a esta práctica como aquello que impactara en las poblaciones por su incidencia marcada en determinados países por ello es que para la década de los cincuenta recién se planteó las implicancias de la desaparición forzada; y fue en la década de los sesenta en que la Comunidad Internacional despertó con la necesidad de abordar frontalmente este problema como un hecho sin tomar en cuenta a otras violaciones de los Derechos Humanos.

Debido a la perpetración de delitos de Desaparición forzada en diferentes países de Latinoamérica, como Guatemala, Chile y Argentina, y posteriormente en México como la denominada guerra sucia.

Entonces Canadá y el Reino Unido son los países que emiten las primeras condenas por estas prácticas de desaparición forzada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, a la par presentan una resolución ante el

Comité de Derechos Humanos, la cual posteriormente se convirtió en la Resolución Nro. 33/173 el veinte de diciembre de 1978 por la Asamblea General. Documento que aunque no tenía implicancias legales, fue el pronunciamiento de condena que a través de este organismo se emitió como los primeros pasos ante la práctica concurrente de estos hechos en diferentes países de América Latina así como también resulta fundamental en tanto que se pronunció por su característica de “situación grave y flagrante violación a los derechos humanos” (Pelayo, 2012, p.107)

Lo cual resulto importante en tanto que permitió abordar estos hechos para comprometer a los Estados suscribientes en tomar medidas para contrarrestarlas, como el destino de recursos para ubicar a los desaparecidos, la postura de apoyo y cooperación a las naciones y organizaciones internacionales que luchaban contra esta práctica.

Encauzando hacia la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas con la finalidad de que se plantearan los problemas por estos hechos para que emitiera finalmente las recomendaciones; sin embargo todavía se hacía necesario delimitar los hechos que serían considerados desaparición forzada y cuales iban a ser estas recomendaciones como mecanismos del comité para su represión.

Significando que a partir de este planteamiento se consideró a la Desaparición Forzada como de asunto prioritario, lo que se vio plasmado en la Resolución 19079/38 del diez de mayo de 1979, por el Consejo Económico y Social y la Resolución 5 B (XXXII) de la Sub comisión para Prevenir la Discriminación de las minorías las primeras condenas por estas prácticas.

Fue entonces que la “Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas” empezó a desarrollar investigaciones in situ a través de Comisiones

de investigación destacan en los Países en los que se estaba perpetrando estos hechos.

Tal es el caso de Chile cuyos eventos nefastos se producen desde el 11 de setiembre de 1973, con la instauración del gobierno de facto a través del golpe de Estado del General Augusto Pinochet, que defenestro al gobierno de aquél entonces, que trajo como consecuencia un amedrentamiento a la población desde la toma de las reparticiones, organismos del Estado sin dotación del personal para el servicio policial a cargo de un Oficial y medios que tenían como única finalidad impedir un levantamiento contra el nuevo régimen; haciendo uso de mecanismos de supresión física de personas miembros o simpatizantes a los partidos o agrupaciones políticas contrarios al régimen.

Como refiere José Luis Guzmán Dalbora, desencadenándose la más cruenta persecución y exterminio sobre todo desde el mes de septiembre de 1973 hasta finales de 1976, en el que se produjo el mayor número de desapariciones, secuestros, asesinatos amenazas extorsivas, falsedades documentales, producción ilegal o supresión de expedientes judiciales, agudizándose ello con la creación de la Dirección de Inteligencia Nacional a fines de 1974, destinada a la caza de personas que en un gran número correspondían a personas de los quienes no se conocía militancia política, siendo ellos obreros o campesinos. Descubriéndose posteriormente a finales del gobierno de facto, 3,178 víctimas, quienes perdieron la vida en cautiverio como producto de sentencias con pena privativa de libertad en la producción ilegal de expedientes judiciales para justificarlos (kai Ambos, 2009, p.56).

Comisiones de investigación que produjeron una serie de informes e investigaciones de la mano con Organizaciones No Gubernamentales que participaron activamente en estas investigaciones, destacándose la labor realizada por el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas en Chile (1978) la cual centro su investigaciones en las desapariciones forzadas que tuvo como

resultado nombrar expertos que ayudaran a conocer el paradero de los extraviados y desaparecidos de Chile.

Para 1980 con la información obtenida de los Países Latinoamericanos que estaban siendo víctimas de vulneración sistemática de derechos humanos, se buscó concentrar esfuerzos en crear un instrumento internacional para la adopción de acciones concretas en la perpetración de desapariciones forzadas; este mecanismo fue “El Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzadas o Involuntarias” (Pelayo, 2012, p. 21). Creado por la Comisión de Derechos Humanos, el cual fue el primer mecanismo en enfrentar este tipo de violación de derecho humano, considerados por algunos como una *habeas corpus internacional*. Al cual se le amplio su mandato dirigido sobre todo a desapariciones forzadas en contra de niños, mujeres y defensores de derechos humanos

Este grupo de trabajo se caracterizó por realizar visitas a los países de los cuales se tenía conocimiento se estaría perpetrando las desapariciones forzadas, a fin de analizar in situ la problemática y emitir un informe detallado así como las recomendaciones a cada caso en particular por el País visitado, no sólo al caso en concreto, sino también acciones ante persecución o represalias contra las familiar de los desaparecidos, y coadyuvar a la búsqueda de los mismo o a la obtención de una reparación.

Posteriormente se emitió el documento de DPPDF (1992) considerado uno de los importantes en abordar la problemática, que describe los elementos y las consecuencias de esta práctica, desarrolla los derechos que son puestos en riesgo y eventualmente vulnerados, orientado a hacer conocer a los Estados la necesidad de establecer medidas en el orden legal con la finalidad de prevenir y desterrar las desapariciones forzadas. Destacándose este instrumento en tanto que subraya la necesidad de que exista un recurso efectivo e investigación por el Estado, ante esta vulneración cometida, pero que al no proporcionar una definición exacta de este crimen y adolecer de lagunas,

Para el año 1988 la “Comisión Interamericana de Derechos Humanos” a solicitud de la “Asamblea General de la Organización de Estados Americanos” (OEA), y con la consulta de organizaciones No Gubernamentales, emitió un proyecto de la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”, que fue proclamado en 1994. Dicho tratado es el primero especializado y vinculante en Desaparición Forzada, que ayuda y refuerza la jurisprudencia de la “Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Con lo cual la Convención individualiza textualmente el nuevo derecho humano, esto es el derecho a no ser sometido a desaparición forzada dejando sentado la tipificación de estos actos, así como deja sentado la necesidad de prevención y el reconocimiento del derecho de las víctimas y sus familias a la verdad, la justicia y a la reparación, así como al recurso efectivo, produciendo avances en cuanto a medidas concretas como la obligación de mantener registros centralizados de todos los lugares de detención de las víctimas, como un gran paso de la ONU para la prevención y condena de este delito.

A la par que en todo su conjunto el instrumento se pronunciaba también por la obligación de perseguir a sus autores y la exclusión de las jurisdicciones militares, usanza de los Estados para evitar la acción de la justicia contra sus autores que en su mayoría eran militares, así como por los principios de jurisdicción y extradición, entre otros, que ha permitido ser un instrumento internacional, base de otros instrumentos internacionales y apoyo para el mejoramiento de los estándares de derechos humanos en los Países del continente, coadyuvando en ella la jurisprudencia de la CIDH, que ha establecido altos estándares en materia de responsabilidad internacional en cuanto a violaciones de derechos humanos, como se vio desde el primer caso por el que la CIDH emitió pronunciamiento en torno a este delito de Desaparición Forzada, caso Velásquez Rodríguez, en la sentencia del 29 de julio de 1988 contra Honduras.

Por hechos ocurridos en Honduras, durante los años de 1981 a 1984, con la desaparición de entre ciento cincuenta personas, muchas de ellas sin que hasta la fecha se conozca su paradero, el cual se iniciaba con el secuestro violento presumiblemente de militares o policial o personal bajo su dirección vestidos de civil debidamente camuflados en autos no identificados, entre ellas la desaparición de Manfredo Velásquez, estudiante de la Universidad Autónoma de Honduras quien fue desaparecido el doce de setiembre de 1981, de Tegucigalpa, secuestrados por militares armados vestidos de civil, por quien la justicia de su País no investigó ni sancionó a los responsables.

Sentencia en la que la CIDH se pronuncia adecuadamente respecto a todas las aristas que involucra el delito de desaparición forzada, entre ellas considerar fundamentalmente un delito complejo en tanto que involucra la vulneración de números delitos reconocidos por la Convención y los Estados partes, como el hecho de ser sometido a aislamiento prolongado e incomunicación coactiva que vulnera su libertad síquica y moral así como su dignidad humana, y como el hecho de ser sometido a todo tipo de tratamientos crueles y degradantes en cautiverio en violación de su integridad física, para finalmente ejecutarlos y cerrar el círculo de impunidad con el borrado de huellas, sustento de la denuncia en el instrumento emitido por la Convención.

Asimismo, el pronunciamiento de la sentencia comprendió reconocer a Honduras como el responsable de la detención, el cual no otorgó una protección judicial adecuada al no haber prevenido, investigado y en caso corresponder sancionado; que al no haberse producido un resultado concreto en torno a este hecho era evidente su responsabilidad, en tanto que la aparente investigación, sólo consistía en una formalidad más.

Este pronunciamiento de la CIDH ha resultado fundamental en tanto que ha delimitado la existencia de dos supuestos para determinar el estándar probatorio a) Determinar la existencia de una práctica recurrente b)

determinar la correspondencia de esta práctica al caso concreto. Conforme se había determinado en el caso en comento en que se verificó la violación continuada en perjuicio de la víctima de sus derechos humanos.

Asimismo, las sentencias de la CIDH que tomaron como sustento la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también se nutrió con la entrada en vigencia de la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” (CIDFP), fallos que son una luz a seguir por todas las instituciones regionales e internacionales.

Posteriormente en el 2001 el Sistema de Naciones Unidas, como un importante avance en sus políticas destinadas a prevenir y condenar este delito, a través del Grupo Especial de trabajo con participación de delegaciones de los Estados partes y observadores se creó la “Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas”, (CIPPDF) el veinte de diciembre del 2006, instrumento internacional vinculante que busca prevenir este fenómeno al mismo tiempo reconocer el derecho de las víctimas y sus familiares a la justicia, a la verdad y a una reparación.

Determinándose en su conjunto que la doctrina internacional, ha identificado los elementos constitutivos del delito y las consecuencias que de ellos se desprende, destacando tres características:

- a) la privación de la libertad
- b) La negativa de informar el paradero del desaparecido, sustrayendo a la persona de la protección de las leyes del Estado, para no tener que dar cuenta y generar un abanico de posibilidades de cometer abusos.
- b) El sujeto agente.

Desprendiéndose desde la óptica de los instrumentos internacionales que la Desaparición Forzada ha sido considerado como una violación a los Derechos Humanos, con características específicas que la jurisprudencia de la CIDH, la ha venido plasmando en sus diversas sentencias; tal es así que ha determinado su carácter de violación *múltiple compleja* (CIDH, Nro. 06, p. 4) y continuada que atenta contra numerosos derechos fundamentales, que no culmina en la vida del desaparecido sino que se prolonga en los familiares de la víctima (Gutiérrez 2015, p. 68), quienes padecen el daño por la ausencia de sus pariente o cercano desaparecido cuyos causas no son esclarecidas existiendo impunidad para los autores los autores que no son sancionados por la justicia; sufriendo por esta vulneración síndromes de estrés postraumático, conforme las sentencias en comento de la CIDH, lo ha venido reconociendo.

Ello por el impacto que generaba esta práctica que como delito vulnera un conjunto diverso de derechos fundamentales, entre ellos: el derecho a la vida, el derecho a un trato humano, y el respeto a la dignidad. El derecho a la libertad y a la seguridad personal, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la identidad y a la vida familiar, más aún cuando se trata de menores de edad. Así como el derecho a la libre opinión, expresión e información, como a los derechos laborales y políticos entre otros.

Fenómeno que igualmente fue abordado por el derecho internacional de los Derechos Humanos, entre ellos la Corte IDH, tal es el caso del Tribunal de Estrasburgo en el que la Corte Europea se ha pronunciado respecto de los casos de Turquía, y el Consejo de Europa en los casos de Chechenia entre otros.

Igualmente, en el Estatuto de Roma desde el plano del derecho Penal Internacional que desarrolla la tipificación del delito de Desaparición Forzada y lo prevé en el artículo 7.1 que comprende los crímenes de lesa humanidad.

Conjunto de derechos que fueron finalmente la conclusión de las sentencias emitidas por los organismos internacionales a partir del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (1996) o la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” (1969), que sentaron las bases para la Jurisprudencia internacional de este delito.

Cabe señalar también que tratándose de estado de guerra la comisión de este delito, vulnera los derechos que expresamente señalan los Convenios de Ginebra del doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve y sus dos Protocolos Adicionales:

“Derecho a recibir un trato humano; Derecho a recibir protección frente a actos de violencia; Derecho a no ser sometido a tortura física o mental o a otras formas de coacción; Derecho de prisionero a que sus familiares y la Agencia Central de Prisioneros de Guerra, del Comité Internacional de la Cruz Roja sean informados de su captura o traslado a otro campo (artículo 70); Derecho a mantener correspondencia (artículo 71); Derecho de ser liberados una vez finalizadas las hostilidades” (Artículo 118);

Así podemos advertir que los Estados han adoptado una postura a favor de la erradicación de estos delitos de lesa humanidad, se aprecia con notable influencia por la codificación de los derechos humanos en los sistemas penales internos a través de la inclusión de normas penales que sancionan la violación de estos derechos, como como se aprecia en los casos de desaparición forzada. Criminalización de los derechos humanos que fueron reconocidas por Karl Vasak y que continúan vigentes para determinar la responsabilidad del Estado en estas prácticas, y la individualización de los responsables de las violaciones de los derechos humanos y el establecimiento de la sanción respectiva

Nuestro país ha vivido épocas de manifiesta convulsión social donde la realización de ciertas conductas criminales, de carácter sistemático, permanente, y ejecutado con miras al cumplimiento de un objetivo criminal por medio de la violencia, ha sido una constante permanente. Así, el uso

indiscriminado de la violencia contra las personas, en determinadas épocas de guerra interna ha sido uno de los episodios más trascendentes también desde el punto de vista de la protección y regulación del sistema penal.

Una de esas conductas delictivas producidas bajo este contexto ha sido la desaparición forzada. Este tipo de comportamiento criminal ha sido una constante durante la década de los ochenta, cuando ocurrió el conflicto interno en nuestro país, habiendo sido empleada la desaparición forzada como método de exterminio tanto desde el lado de los agentes del Estado como por parte de los grupos armados o subversivos. De esta manera se han reportado desapariciones de civiles y de miembros de las fuerzas armadas e integrantes de los grupos paramilitares o terroristas.

Este delito ha sido un medio de exterminio no solo dentro de nuestro país sino también en diversas partes del mundo, donde distintas circunstancias, cuya característica ha sido la alteración de la paz social mediante conflictos internos y guerras, como escenarios de perpetración de este delito de especial configuración y trascendencia. Sobre este extremo, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR, 2003, p.54) instituida en nuestro país, ha señalado que según reporte de las Naciones Unidas, el Perú ha ocupado el primer lugar a nivel mundial, considerando los países donde se ejecutaba desaparición forzada, que fue instrumentalizada para obtener los siguientes objetivos: a) Conseguir información de los subversivos o sospechosos; b) Eliminar al subversivo o al simpatizante de la subversión asegurando la impunidad; y, c) Atemorizar a la población a fin de que asuman una posición favorable a las fuerzas del orden.

La CVR ha determinado que la desaparición forzada de personas producida durante la época de conflicto interno, fue uno de los más importantes métodos de lucha *contrasubversiva* utilizados por los agentes del Estado; medida que tuvo alcances de “*práctica sistemática o generalizada*” (CVR, 2003, P. 60), es decir de un delito de lesa humanidad. En ese sentido, la CVR ha analizando los eventos producidos durante aquella época y ha

determinado que aproximadamente el sesenta y uno por ciento de personas que fueron víctimas de desaparición, o ejecutadas o tienen paradero desconocido, es responsabilidad de los agentes del Estado o de personas con aquiescencia de aquellos (ibídem).

Este delito tuvo su mayor incidencia en el departamento de Ayacucho, donde se dieron más del 55% de casos, luego en Huánuco, Huancavelica y Junín con menor incidencia. El periodo en el que se reportaron la mayor cantidad de casos fue entre los años 1983-1984 (un promedio de 40% del total de casos reportados) y entre 1989-1990 (23% de los casos) (Según informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación). Dentro de los casos importantes al respecto, cabe citar el Informe N° 52/99 casos 10.544 de Raúl Zevallos Loayza, Víctor Padilla Luján y Nazario Taype Huamani, seguido contra el Estado Peruano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto a la desaparición de dichas personas en la provincia de Angaraes y Lircay, Departamento de Huancavelica, entre los años 1989 y 1990.(CVR, 2003,P 90)

Al respecto cabe ubicarnos en el panorama de los sucesos, ocurrido en agravio Zevallos Loayza quien fue aprehendido por miembros militares del Ejército Peruano, cuando se encontraba dirigiéndose a su domicilio suceso ocurrido, en presencia de testigos que se encontraban presentes durante estos hechos. Suceso similar ocurrió con Padilla Lujan y Nazario Taype quienes el veinticinco de marzo de 1990 fueron interceptados y aprehendidos cuando se encontraban participando de las actividades protocolares en la ciudad de Lircay, por miembros del ejército peruano, no volviéndose a ver nunca más a los mencionados, a pesar de que sus familiares con ayuda de APRODEH realizaron a partir de dicha fecha gestiones permanentes con la finalidad de lograr su aparición. Lo que amerito un pronunciamiento de la CIDH, quien emitió el informe de la referencia en el cual aborda la problemática de la Desaparición Forzada en el Perú, reconociendo ésta como una práctica del Estado y la responsabilidad del Estado Peruano en esta práctica.

Desarrollando al mismo tiempo el modus operandi de la desaparición forzada en el Perú , señalando en ese sentido que partía de la Detención de la persona, luego la negación oficial de dicha detención no obstante que la aprehensión de la víctima se había realizado en presencia de testigos, optando inclusive las mencionadas autoridades implicadas en presentar documentos falsificados que supuestamente suscribía la víctima haciendo conocer su retiro del lugar o de la zona y finalmente la víctima era sometida a tortura para culminar generalmente en muerte.

Cabe señalar la importancia de este Informe, en tanto y en cuanto desarrolla el tema de amnistía contra los responsables, la carga de la prueba en este delito y sobre todo el desarrollo que tuvo la Desaparición Forzada, considerando al Estado Peruano como responsable de vulnerar un sinnúmero de derechos como el derecho a la personalidad jurídica, del derecho la vida , del derecho a la integridad personal, del derecho a la libertad , y del derecho a un recurso judicial efectivo (artículo 25) consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recomendando al mismo tiempo la necesidad de investigar para determinar el paradero de las personas desaparecidas.

Similar hecho fue materia de análisis en por la CIDH en el caso Jeremías Osorio Rivera, en la sentencia del 26 de setiembre de 2013, se declaró responsable al Estado peruano por la desaparición forzosa de Jeremías Osorio Rivera ocurrida el día 30 de abril de 1991 en la provincia de Cajatambo, Lima, luego de haber sido detenido por militares del Ejército peruano. En este caso la Corte también ordeno al Estado la realización de una profunda investigación y la instauración de los procesos que sean necesarios dentro del plazo razonable, con miras a determinar la verdad de lo ocurrido, así como perseguir y sancionar a los responsables de la desaparición forzada de Jeremías Osorio Rivera.

Sin duda uno de los casos que sembró precedente en la materia, es el relacionado a la desaparición forzada de Rafael Castillo Paéz, estudiante de la Universidad Católica que, en octubre del año 1990, desapareció en el Distrito de Villa El Salvador por acción de las fuerzas policiales. Luego de haberse archivado las investigaciones judiciales, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que ordenó se reabra la investigación contra los responsables. Es por ello que en el año 2006, la Sala Penal Nacional emitió sentencia condenando al Crnl Juan Carlos Mejía León a la pena privativa de libertad de 16 años y a los sub oficiales partícipes a la pena privativa de 15 años responsables del delito en comento. Esta sentencia finalmente quedó confirmada por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, mediante resolución de junio de 2008. Aunque fueron absuelto quince personas implicadas.

Asimismo se dio otro caso emblemático sobre desaparición forzada, hablamos de la desaparición del ciudadano Genaro Villegas Namuche, hecho ocurrido el dos de octubre de 1992 en la ciudad de Piura, donde se interpuso un hábeas corpus tramitado ante el Exp. N° 2488-2002-HC/TC. Sentencia resaltante por cuanto en su contenido se desarrolló el derecho a la verdad, así como analizó a la figura legal de la Desaparición Forzada.

La Convención Americana sobre la Desaparición Forzada de Personas, igualmente desarrolla la figura y la conceptualizada, así como también aborda el concepto del derecho a la verdad partiendo del derecho que tiene todo ser humano de saber de conocer la verdad, respecto de sucesos que intrínsecamente conllevan dolor y sufrimiento como producto de abuso y la violencia Estatal o no Estatal. Verdad que persigue el conocimiento integral de este suceso en el tiempo, el modo, forma, circunstancias, lugares partícipes y razones de sus autores que llevaron a desencadenar este suceso violento, señala la Convención *Al derecho a la verdad desde este sentido como un “bien jurídico colectivo inalienable”*.

A ello podrían agregarse otros casos más como las desapariciones forzadas de los estudiantes y docente de la Universidad La Cantuta, en julio de 1992, por el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos también condenó al Estado Peruano, al hallarlo responsable de la desaparición forzada de los estudiantes y el profesor de la Universidad La Cantuta.

Así la desaparición forzada o también identificada como desaparición involuntaria se distinguirá de aquella definición que engloba este concepto de desaparición de manera general por el cual los desaparecidos no solamente se refieren a los producidos en el contexto de ataque sistematizado de lesa humanidad, sino también involucra a los desaparecidos como producto de un accidente o de una calamidad, o un conflicto en campo de batalla, que también se conocen como los desaparecidos en combate. Realizando dicha acotación en tanto que se aprecia, sobre todo en Latinoamérica la usanza de generalizada del concepto indistintamente, de forma tal que desaparecidos pueden de considerarse también a aquellos que no están comprendidos en esta definición materia de la investigación

Por la desaparición forzada, la víctima es apartada de la protección de la ley, lo que genera una situación de total indefensión jurídica y es causa de graves sufrimientos, en virtud de la desprotección de la que es objeto, que al mismo tiempo le impide de hacer uso de los recursos elementales como del habeas corpus o de recurso de amparo, producto de la situación a la que ha sido puesto de manera secreta por sus autores. Sin embargo esta situación de absoluta indefensión abre la puerta para que el vulnerado pueda ser defendido por cualquier persona cercana entre ellos sus familiares, amigos, o inclusive por una organización no gubernamental, en este caso de un organismo defensor de derechos humanos.

En el caso peruano se positivizó por primera vez con la promulgación del Código Penal de 1991 (D. Leg. 635), en cuyo texto normativo se incluyó en el capítulo II que desarrollaban los delitos de Terrorismo, y dentro de ellos los

delitos contra la Tranquilidad Público en el artículo 323, el cual sancionaba con 15 años de pena privativa de libertad, sin hacer referencia a la negativa de información por parte de las autoridades responsables; la cual fue derogada mediante el artículo 22o del Decreto Ley 25475, publicada el 6 de mayo de 1992. Luego, mediante el Decreto Ley 25592, publicado el 2 de julio de 1992, se volvió a tipificar el delito describiéndose en los mismos términos contenidos en el Artículo 323 del Código Penal con el supuesto exigido de “debidamente comprobada”. Actualmente se incluye la tipificación de este delito en el Capítulo II, del incorporado Título XIV-A, denominados “Delitos contra la Humanidad”, Artículo 320 del Código Penal, que ha sido modificado recientemente mediante Decreto Legislativo N° 1351 (emitido el siete de enero del 2017, orientado al fortalecimiento de la seguridad ciudadana).

No obstante, el esfuerzo del legislador peruano, de cumplir con la tipificación de esta clase de delitos de lesa humanidad, es de nuestro interés el establecer un estudio acerca de si el tratamiento legal del delito de desaparición forzada previsto en el artículo 320 de nuestro Código Penal, resulta adecuado a los estándares normativos que le dan los instrumentos internacionales de los cuales el Perú es parte.

Al efecto, la DPPDF, del dieciocho de diciembre de 1992, establece como presupuesto conceptual de la desaparición forzada: *“Que se arreste, traslade o detenga contra su voluntad a las personas, o que estas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma, por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndose así a la protección de la Ley”* (ONU 1992).

Por su parte la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”, de 1994, en su Artículo II define lo que es la Desaparición

Forzada precisando que se configura la desaparición forzada cuando: *“privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”*(ONU 1994).

También el Estatuto de la Corte Penal Internacional del 17 de Julio de 1998, define la Desaparición Forzada como: *“la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de la libertad o dar información sobre la suerte o paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la Ley por un periodo prolongado”* (ONU 1998).

En igual sentido, la CIPPDF del veintidós de junio del 2006, define como desaparición forzada: *“El arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de la libertad cometidas por agentes del Estado o por personas o grupo de personas que actúan con autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la Ley”* (ONU 2006).

Conforme a este instrumento internacional de suma importancia para la vigencia ecuménica de los derechos humanos, se determina por primera vez de manera expresa por lo preceptuado en el artículo 1 el derecho humano de la persona a no ser sometida a desaparición forzada 2. No existe la posibilidad de invocar como justificación circunstancias excepcionales como un pretexto para cometer la desaparición forzada, es decir no hay sustento del sujeto agente de estar sometido a amenaza de guerra, o posibilidad de

desestabilización política interna o cualquier otro evento que conlleve urgencia al Estado.

Lo dicho nos lleva a la necesidad de plantearnos si la regulación que actualmente tiene nuestro ordenamiento penal respecto del delito de desaparición forzada, comprendido en el artículo 320º del Código Penal, cumple o no con los estándares internacionales mínimos a los que el Perú está obligado vía tratados internacionales, a fin de no sólo modificarlo sino a fin de adecuarlo a la regulación internacional de esta figura. La regulación deficiente del delito de desaparición forzosa podría generar sin duda, espacios de impunidad al dejar sin sanción a cualquier grupo de personas que, teniendo alguna vinculación con el Estado o alguna organización política o de cualquier otro tipo, actúen en su nombre o con su consentimiento, o aquiescencia, y la posibilidad de comprender como sujeto activo del delito al agente no estatal sin vínculo con el Estado.

El Análisis de la DF que realizamos es a partir de la definición que se tiene de los instrumentos internacionales del que se resaltan tres elementos constitutivos fundamentales, como son

a) La privación de la libertad. b) La negativa de informar el paradero del desaparecido. c) El sujeto agente.

En cuanto al primer elemento, de la privación de la libertad, si bien algunos lo consideran como el elemento central de este delito, sin embargo en este trabajo apuntamos que ello no es así, que este elemento es el inicio de la prosecución y lo más importante en este delito es el ocultamiento sobre el paradero del desaparecido, porque va a repercutir en la imposibilidad de hacer uso de cualquier medio legal para ejercer sus derechos fundamentales, así como por la zozobra e incertidumbre que causa a su familia y terceros su desconocimiento. Para tal efecto valoramos lo expuesto en la doctrina y la jurisprudencia internacional, precisando las situaciones de privación de la libertad que están consideradas como tales para cumplir con este presupuesto.

En cuanto al segundo elemento, de falta de información sobre el paradero de la persona afectada existe la problemática de su cumplimiento desde la óptica del sujeto agente no estatal con vínculo o del sujeto agente no estatal autónomo, por cuanto su cumplimiento sería considerados para algunos como autoincriminación; sin embargo en este trabajo dilucidaremos este extremo como es que no existe tal vinculación.

Uno de los asuntos problemáticos en este delito se refiere tercer elemento, esto es, al autor del ilícito, puesto que dentro de la regulación del tipo penal generalmente se ha considerado como único responsable a los funcionarios públicos; sin embargo luego de haberse realizado una modificatoria del Artículo 320 del Código Penal, este aspecto sigue deficiente, si tomamos en cuenta lo precisado por el Estatuto de la Corte Penal Internacional; falencia que genera un gran vacío respecto a las desapariciones realizadas por aquellos ronderos unidos como organizaciones políticas, o organizaciones políticas propiamente dichas. O el accionar de los particulares en calidad de colaboradores de los agentes estatales, quienes simplemente no tendrían ninguna responsabilidad por este delito específico. Es decir, la regulación penal de la figura de la desaparición forzada crea un margen de impunidad para los autores que no reúnen las características que exige el tipo penal Peruano. Por tanto no podrían ser juzgadas ni sancionadas ni como autor ni como co autor conforme a los elementos de la figura de la desaparición forzada.

Advirtiéndose que en la perpetración de este delito en calidad de sujetos activos inicialmente solo se consideró a los agentes estatales en este caso, básicamente a las fuerzas armadas y las fuerzas policiales que habrían coadyuvado a las políticas desarrolladas por aquellos; al mismo tiempo la participación de agentes no estatales como lo fueron los miembros de los Comités de Autodefensa, denominados también “los Ronderos”, grupos de personas que inicialmente no fueron armados y que se fortalecieron a lo largo de los Departamentos del Perú donde se venía desarrollando esta

lucha, y que posteriormente el Estado Peruano a través de sus autoridades los convocaron para el apoyo en la lucha proveyéndoles de armamento y logística indispensable para el desarrollo de sus actividades contrasubversivas.

Consideramos que con dicha modificatoria la problemática todavía no ha sido zanjada, ello porque si bien el artículo en comento está considerando al agente no estatal que tiene vínculo con el Estado o con uno de sus órganos; también lo es que hace falta conocer el sustento por el cual este agente no estatal asume la participación en este delito, y a título de que figura delictiva la desarrolla a fin de conocer no sólo desde cuando realiza dicha conducta, si se tiene en cuenta el momento y la circunstancia de la aprehensión si es necesario contar con este supuesto y desde que momento se configura este delito para ese agente no estatal con vínculo del Estado..

Pero el problema no culmina en este estadio, sino que al revisar los instrumentos internacionales de los que el Perú es parte, relativo a la DF, se percata uno que el sujeto activo del delito no siempre puede ser el agente estatal, o el agente no estatal que actúa con consentimiento o aquiescencia de aquel, sino que existe un tercer elemento del sujeto activo, el agente no estatal sin vínculo con el Estado, o como lo conocen en la doctrina como un agente no estatal autónomo, o un agente indirecto; este agente vendría a ser una organización política que tiene una estructura con ciertas características similares a la estructura estatal que permita la obligación de entregar información, tomando en cuenta el contenido del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que considera también como sujeto activo al agente no estatal sin vínculo con el Estado, esto es las organizaciones políticas

En base a ello el presente trabajo persigue identificar las características y el sustento normativo y jurisprudencial respecto no solo del agente no estatal con vínculo, sino respecto de este tercer elemento el agente no estatal autónomo; tema que no ha sido directamente abordado en función a nuestra

legislación, resultando no sólo novedoso, sino que de mucho interés para su aplicación en el marco de la legislación Nacional, ello fundamentalmente porque permitirá abarcar un mayor número de sujetos activos no considerados hasta entonces en la perpetración de estos crímenes, innovación que se adelanta a la realidad Peruana, y que resulta vital, en el camino de la defensa de los Derechos Humanos, planteando como sujeto a la organización política para los efectos de su sanción internacional, sin dejar de lado que aún no exista una conexión entre el agente no estatal y el Estado, si existe una responsabilidad de éste en la perpetración de este crimen.

Un elemento relevante que apoya la necesidad de ampliar la condición del sujeto activo a cualquier persona, el denominado “derecho a la verdad”, cuyo desarrollo se ha hecho a partir de la cláusula abierta contenida en el artículo 3º del Texto Constitucional. En virtud a este derecho fundamental, toda persona que ha sido víctima o agraviada por la desaparición de alguien, tiene derecho a conocer la verdad de tales hechos, que incluye no solo saber del resultado del sujeto desaparecido que podrá ser hallado con vida o sin ella, sino también, impone el deber de buscar, identificar y sancionar a los responsables de la desaparición.

Igualmente Resulta también cuestionable que, en la regulación del delito de desaparición forzada, se refiera a la privación de la libertad como uno de los elementos centrales de este delito, sin embargo, ello no es así. Debe tenerse en cuenta que la privación de la libertad es sólo una parte del mismo, el inicio, el camino inicial del delito en cuestión, pero no puede ser identificado con éste. Lo que realmente importa en el delito de desaparición forzada es la privación de la libertad, pero más que ello el ocultamiento sobre el paradero del desaparecido de modo que se genera una situación de zozobra, de incertidumbre lo cual además hace imposible hacer uso de cualquier medio legal para recuperar la libertad del desaparecido.

Es este estado de incertidumbre por la falta de información sobre el paradero de la persona afectada el que hace del delito desaparición forzosa un delito bastante particular y complejo. Frente a ello, debemos señalar que precisamente el principio de legalidad es el que establece la necesidad de delimitar de manera previa y adecuada el delito a fin de comprender la conducta ilícita en su real dimensión.

En ese sentido, la “Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, del 18 de diciembre de 1992, señala: “...*por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento...*” (ONU 1992).

Por su parte la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”, de 1994, en su Artículo II define lo que es la Desaparición Forzada: “*Cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado*” (ONU 1994).

También el Estatuto de la Corte Penal Internacional del 17 de Julio de 1998, define la Desaparición Forzada como: “*por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia*”(ONU 1998).

Finalmente, la “Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas” del 22 de junio del 2006, señala que: “*por agentes del Estado o por personas o grupo de personas que actúan con autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado*” (ONU 2006).

Es evidente que los instrumentos internacionales consideran como agente activo del delito de desaparición forzosa a cualquier persona que realice la conducta prevista en la prohibición penal, y no exclusivamente al funcionario

o servidor público. Basta que tenga alguna vinculación con el Estado o con alguna organización política.

Otro aspecto que es necesario puntualizar, es el tema de la probanza en la prosecución del delito de Desaparición Forzada, la valoración que se está haciendo de los medios de prueba directos e indirectos, en observancia de los estándares internacionales, sobre todo de lo dispuesto por la CIDH, que conforme al pronunciamiento de este ente, resulta preocupante la absolución de los presuntos implicados en estos casos, bajo no valoración de la prueba por indicios por parte del Colegiado que ha conllevado que exista un porcentaje mayoritario de absoluciones en los casos que llegan a juicio oral sobre este Delito.

Por ello es que nuestra investigación está dirigida a demostrar si la tipificación del delito de desaparición forzada en el sistema penal peruano, cumple con una adecuada técnica legislativa y si su estructura típica se ajusta a los estándares internacionales, proporcionados por los tratados en la materia de los que el Perú es parte. Para este efecto realizaremos un adecuado estudio dogmático y doctrinario de este delito en su modalidad básica y sus formas agravadas. Buscaremos también establecer si nuestro sistema penal cumple con los fundamentos técnicos necesarios para afrontar la labor de criminalización de la desaparición forzada, como comportamiento lesivo al bien jurídica humanidad. Identificaremos si la normatividad punitiva vigente es adecuada, a los efectos de propiciar los mecanismos idóneos para la prevención y protección del bien jurídico humanidad en relación al delito de desaparición forzada. Determinaremos si los legisladores emplean criterios técnicos uniformes, al momento de decidir la criminalización de las conductas que atentan contra el bien jurídico humanidad en relación al delito de desaparición forzada. Todo ello con la finalidad de también proponer las modificaciones legislativas necesarias.

Otra problemática que se aborda en el presente trabajo de investigación, es la aplicación de los estándares internacionales, específicamente la CIDFP y

la Jurisprudencia de la CIDH en el tema de la probanza en la prosecución y aplicación del delito de DF, esto es, la valoración que se está haciendo de los medios de prueba directos e indirectos, en observancia de los estándares internacionales, sobre todo de lo dispuesto por la CIDH, que conforme al pronunciamiento de este ente, resulta preocupante la absolución de los presuntos implicados en estos casos, bajo no valoración de la prueba por indicios por parte del Colegiado que ha conllevado que exista un porcentaje mayoritario de absoluciones en los casos que llegan a juicio oral sobre este Delito, como se verá del estudios de las sentencias emitidas durante los años 2004 al 2008, por la Sala Penal Nacional de la “Corte Superior de Justicia de Lima”.

2. Justificación de la investigación

2.1. Justificación teórica

Desde el punto de vista teórico, la investigación se halla plenamente justificada puesto que nuestro país ha sido considerado por las Naciones Unidas, como uno de los países donde se ha cometido con mayor incidencia el delito de desaparición forzada. En ese sentido, las estadísticas nos colocan en una preponderante situación anómala que debemos revertir como Nación, por lo se hace imperante un estudio profundo sobre los delitos contra los derechos humanos, en especial sobre el delito de desaparición forzada.

El contexto que precede a este delito y el escenario actual, mantienen vigente la necesidad de su adecuado estudio y permanente actualización, no sólo debido a la lenta respuesta del Estado en casos puntuales, donde se lo halló responsable internacionalmente y se ordenó la apertura de investigaciones para dar con los responsables, sino debido al mismo contexto internacional, donde el delito de desaparición

forzosa sigue teniendo plena vigencia y nefasta actualidad, que se traduce hoy en la necesidad de promover la sanción de los responsables y la protección de las víctimas.

Asimismo, la investigación propuesta se halla justificada en el sentido que, es necesario que la regulación del delito de desaparición forzada, dentro de nuestro ordenamiento, se haga de manera adecuada y acorde a los instrumentos internacionales, pues ello permitirá no solo la comprensión en el tipo penal de sujetos activos actualmente no contemplados, como es el caso del agente no estatal sin vínculo con el Estado, como podría ser el caso de organizaciones políticas que eventualmente dirigieran su accionar a la desaparición de personas, y otros aspectos que se derivan de la doctrina y los instrumentos internacionales.

Esta necesaria adecuación legislativa es además una garantía, no sólo para los responsables de la comisión de este delito, quienes así se enfrentarán a una regulación legal clara y previamente establecida, sino también en beneficio de las víctimas quienes tendrán un ámbito de protección más adecuado.

En este sentido, la justificación es de carácter teórico en el sentido que implicará hacer un estudio de la figura típica, su naturaleza, características, elementos, entre otros aspectos relevantes, así como su regulación en la legislación comparada y en los instrumentos internacionales, ello además, sin dejar de lado el importante tratamiento de este delito en las sentencias de los tribunales internacionales.

2.2. Justificación práctica

También la investigación tiene justificación de carácter práctico, puesto que implicará analizar en su dimensión pragmática los distintos casos que se han dado en nuestro orden interno, así como los casos emblemáticos a nivel del derecho comparado. Dentro de nuestro sistema existen diferentes casos emblemáticos que han llegado a los fueros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que han permitido delimitar y definir, el delito de desaparición forzada. Estos casos en los que nuestro país incluso ha sido hallado responsable de violaciones a los derechos humanos, son una muestra clara de la necesidad de un estudio profundo sobre los conceptos desarrollados en estos importantes casos.

Asimismo se tornará de suma importancia, acudir al estudio de la jurisprudencia de las Cortes Internacionales, como la del Tribunal Europeo, de la Corte Penal Internacional y de la Corte Internacional de la Haya, donde se ha dictado importante jurisprudencia y sobre todo doctrina, que ha ido desarrollando y adecuando el delito de desaparición forzada.

Este análisis práctico, nos permitirá hacer un estudio útil y necesario, a fin de actualizar el delito de desaparición forzada dentro de nuestro ordenamiento, teniendo en cuenta los más importantes casos relacionados a nuestro país y la jurisprudencia comparada.

Dentro de este ámbito, resulta importante el estudio de los elementos de la desaparición forzada, dentro de ello el estudio del sujeto activo, desde el análisis de los instrumentos y la jurisprudencia internacional.

3.- Estado Actual de las Propuestas Doctrinarias

Como antecedentes de la presente investigación hemos encontrado las siguientes tanto en el ámbito nacional como internacional.

3.1. Antecedentes nacionales

REATEGUI, Félix (Coordinador); *“Desaparición forzada y derechos de las víctimas. La respuesta humanitaria a las demandas de verdad, justicia y reparación en el Perú”*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos, PUCP, Lima, 2012. En esta obra el autor desarrolla la desaparición forzada desde un contexto internacional y de justicia transaccional, para luego abordar la problemáticas en el caso del Perú. Desarrolla el panorama Nacional, en torno a la poca o nula respuesta que ha tenido la acción judicial relacionada a la identificación y sanción de los responsables análisis desde el en enfoque retributivo, que desarrolla la gravedad del problema por la cantidad de víctimas que nuestro País, con ha sido la respuesta del Estado que no ha dado respuestas eficaces en la persecución y sanción y por otro lado aborda esta problemática desde el punto de vista de enfoque humanitario, el cual aborda la problemática desde el sufrimiento de sus familiares, para quienes el Estado debe comprometer los esfuerzos en identificar a sus víctimas utilizando todas las herramientas y mecanismos para su identificación, así como la necesidad de brindar apoyo psicoterapéutico dentro de una organización integral de ayuda a la familia de la víctima, en tanto que también son víctimas de este delito, que al no tener el paradero de su familia ni la ubicación de sus restos mortales para practicarles los ritos de sus costumbres sufren un padecimiento permanente.

MONTOYA VIVANCO, Yvan; *“La desaparición forzada de personas como delito permanente: Consecuencias dogmático penales”*, Cuaderno de Trabajo N° 11, Departamento Académico de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009. En este trabajo el autor desarrolla la figura del delito de desaparición forzada abordando todos

los elementos típicos que la conforman. Adopta como postura de considerarlo un delito con características de permanente, a diferencia de la posición que han adoptado otros autores a nivel internacional, explicando cómo es que esta conducta al prolongarse en el tiempo mantiene el comportamiento peligroso del agente.

MARIÑO GRANDES, *“El derecho a la verdad como norma jurídica en el sistema internacional de derechos humanos”*, Tesis para optar el título de abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012. Comprende un análisis del derecho a la verdad en su más amplia comprensión, sobre todo a partir del análisis de casos de la jurisdicción nacional y supranacional.

3.2.- Antecedentes internacionales

AMBOS, Kai (Coordinador). *“Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional”*, Editorial Temis, Bogotá, 2009. En esta obra se realiza estudio de la Desaparición Forzada, analizando previamente el derecho comparado, recogiendo de los autores latinoamericanos y del desarrollo de este Delito en los diferentes Países que se han sucedido, para realizar un aporte a la materia. El cual contiene el trabajo de la Desaparición Forzada en Perú de Iván Meini de gran utilidad para nuestra investigación.

GUATAVITA GARZON, Andrea; *“La construcción de sentido de la desaparición forzada en el proceso de memoria de hijos e hijas en Colombia”*, Tesis para optar el grado de Magíster en Historia y memoria, Universidad Nacional de la Plata, Argentina, 2014. Se centra en el estudio de los efectos que la desaparición forzada dejó en las víctimas como hijos e hijas de la persona desaparecida, así como se centra en el estudio de cómo se transmiten y asumen estas vivencias a través del tiempo.

RIVERO ESPINOZA, Augusto César Sandino; *“Eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. Una posible solución al problema de protección derivado del déficit en la tipificación mexicana de que los particulares o grupos de particulares puede comete la desaparición forzada por propia autoridad”*, Tesis para optar el grado de Magíster en Derechos Humanos y Democracia, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, México, 2013. En esta tesis el autor propone la tipificación de las desapariciones realizadas por particulares o grupos de particulares en atención a las desigualdades de poder que existen.

GALELLA, Patricio; *“Contra el miedo a prevaricar. El punto de vista del derecho internacional sobre la investigación y reparación de las desapariciones forzadas ocurridas durante el franquismo”*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2015. En esta tesis el autor analiza la desaparición forzosa durante una época particular que es el franquismo, proponiendo que dado su carácter de delito permanente puede habilitar la protección de los tribunales internacionales en beneficio de las víctimas y familiares quienes pueden acudir ante ellos a plantear as denuncias y solicitar las reparaciones respectivas.

LOPEZ CARDENAS, Carlos Mauricio *“La desaparición forzada de personas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estudio de su evolución, concepto y reparación a las víctimas”* Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid; 2016. En esta investigación el autor hace un estudio de la Desaparición Forzada como Violación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde teniendo en cuenta los orígenes, los instrumentos internacionales en los que se encuentra comprendido, a partir de allí sus elementos en el derecho internacional, el estudio de la víctima desde la óptica de la reparación.

SFERRAZZA, Pietro; *“La responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas de personas. Obligaciones internacionales y atribución”*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos II de Madrid, 2014. En esta investigación el autor hace un análisis del delito de desaparición forzada en el contexto chileno para luego hacer un vasto tratamiento de la figura en el ámbito internacional, centrando su objeto de estudio en los elementos y características de la responsabilidad del Estado por la comisión de este tipo de delito.

4. Resultados esperados

Con los resultados de nuestro trabajo de investigación creemos poder contribuir a la labor docente, dando a conocer los logros de la investigación a efecto de propiciar el necesario debate jurídico, que permita el mejoramiento de la legislación y el aporte de nuevos conocimientos doctrinarios y de legislación comparada. Contribuir también con el aporte de la interpretación necesaria para la labor de los operadores legislativos y de justicia.

5. Propuestas de solución proyectada

Como ya dejamos expresado, nuestra investigación, tiene por finalidad realizar un estudio de tipo dogmático doctrinario, que nos permita establecer si la regulación que actualmente tiene nuestro ordenamiento penal respecto del delito de desaparición forzada, tipificado en el artículo 320º del Código Penal, cumple o no con los estándares internacionales a los que el Perú está obligado vía tratados internacionales, a fin de no sólo modificarlo sino a fin de adecuarlo a la regulación internacional de esta figura

Fundamentalmente en el estudio del sujeto activo del delito a fin de comprender no sólo al agente Estatal, y al agente no Estatal con apoyo consentimiento o aquiescencia de aquel; sino también comprender como sujeto activo del delito al agente no estatal sin conexión con el Estado, o

como lo conocen en la doctrina como un agente no estatal autónomo, o un agente indirecto; este agente vendría a ser una organización política que tiene una estructura con ciertas características similares a la estructura estatal que permita la obligación de entregar información, tomando en cuenta el contenido del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que considera también como sujeto activo al agente no estatal sin vínculo con el Estado, esto es las organizaciones políticas.

Lo que permitirá abarcar un mayor número de sujetos activos no considerados hasta entonces en la perpetración de estos crímenes, innovación que se adelanta a la realidad Peruana, y que resulta vital, en el camino de la defensa de los Derechos Humanos, planteando como sujeto a la organización política para los efectos de su sanción internacional.

Sustentando ésta postura, a partir de establecer el deber que tiene el actor no estatal de respeto de los derechos humanos, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el marco del derecho Internacional Humanitario, que ha venido siendo materia de pronunciamiento por las Naciones Unidas en sus reiterados pronunciamientos expresos respecto de la comprensión de los *actores no estatales* en la imposición de obligaciones en el plano del derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario

Lo que generado pronunciamientos favorables de por un sector casi totalitario de la doctrina, en consonancia con la Legislación Internacional como el contenido del artículo 7.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, y el tercer párrafo de la “Declaración sobre la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas” del 18 de diciembre de 1992, en concordancia con el artículo 2 y 3 de la “Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas”.

Por ello, los beneficios que aporta nuestra propuesta están directamente relacionados a contribuir con la labor docente y operativo-judicial, dando a conocer los logros de la investigación a efecto de propiciar el necesario debate jurídico, que permita el mejoramiento de la legislación y el aporte de nuevos conocimientos doctrinarios y de legislación comparada.

Por ello es que teniendo en perspectiva nuestro objetivo general y habiendo identificado que en la legislación Penal Peruana, no se ha comprendido al agente no estatal sin vinculo con el Estado, como lo sería la organización política, como parte del sujeto activo del delito; proponemos recomendaciones, relacionadas a las modificaciones legislativas en observancia del contenido de los estándares internacionales, esto es, el “Estatuto de la Corte Penal Internacional” y la “Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas”.

Ya que nuestro trabajo pretende propender una mejora de la legislación en armonía con la política criminal preventiva, protectora y garantista diseñada por nuestra Constitución, por lo que en general, siendo que se encuentra ad portas la implementación de un nuevo Código Penal, recomendamos en principio reformular los fundamentos dogmáticos de estos delitos y sobre la base de los nuevos conocimientos que aporta la doctrina y la experiencia nacional, se proceda a reformular en lo pertinente los mismos y sus diferentes modalidades.

CAPITULO II

CAPITULO II

LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS DESDE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES

1.- Introducción

La desaparición forzada será vista bajo el enfoque del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, específicamente se desarrollarán los instrumentos jurídicos, tales como declaraciones, pactos y convenciones; del mismo modo desde el Derecho Internacional Humanitario a través de convenios y protocolos. Dos aristas con distinta óptica de abordaje, pero complementarias entre sí, dado que ambos convergen en la protección de actos arbitrarios y de abusos contra el ser humano, sea uno en tiempo de paz o en tiempo de guerra. Sobre ello, Cartagena (2010) precisa que “el derecho humanitario tiene por finalidad proteger a las víctimas tratando de limitar los sufrimientos que produzca la guerra y, por su parte, los derechos humanos proteger a la persona humana y favorecer su desarrollo a cabalidad” (p. 112).

Se establecerá la importancia que posee el Derecho Penal Internacional como aquella directriz encargada de abarcar la persecución de crímenes internacionales que vulneran las normas del *Ius Cogens*, definido esto por las concordancias del art. 53° de la Convención de Viena, el cual la menciona como aquella "... norma imperativa de derecho internacional general ... [siendo esta] una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter" y el art. 64° de la Convención de los Tratados donde se consagra una modalidad sobrevenida de la anterior norma en el siguiente tenor "Si urge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará".

La existencia de la violación de alguna o de todas las disposiciones hace efectiva las normas del derecho internacional global relativa a la responsabilidad internacional de los Estados y de los individuos. Lo anterior lo podemos evidenciar en diversas sentencias emitidas por la "Corte Interamericana de Derechos Humanos" (Corte IDH). Los crímenes de lesa humanidad —en este caso, el delito de desaparición forzada— vulneran una parte considerable del denominado núcleo duro de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario expresadas en las normas del *ius cogens* anteriormente explicadas; en consecuencia, es evidente establecer la importancia de esta complementariedad en las áreas tanto del Derecho Penal Internacional, como del "Derecho internacional Humanitario" y el "Derecho Internacional de los Derechos Humanos".

El Jurista Cancado Trindade, en su voto razonado emitido en la sentencia del 22 de setiembre del 2006, en la Corte IDH, en el *Caso Goiburú vs. Paraguay*, señala en el fundamento 34 de dicha sentencia que la complementariedad entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, básicamente se circunscribe en

la responsabilidad que comprende a los Estados y a los individuos, dándose para ello cinco elementos, entre los que se encuentran los siguientes: “a) la personalidad jurídica internacional del individuo; b) la complementariedad entre la responsabilidad internacional del Estado y la del individuo; c) la conceptualización de los crímenes contra la humanidad; d) la prevención y la garantía de no-repetición; y e) la justicia reparatoria en la confluencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional”.

Cabe señalar que la mencionada sentencia emblemática se enmarca en la sanción a los gobernantes partícipes de la Operación Cóndor, suceso transcurrido particularmente en América Latina, caracterizado por la más cruenta represión que hubo en esta parte del continente, consistente en torturas, detenciones arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones, con miras a mantener las dictaduras militares de los países de esta parte del continente: Brasil, Argentina, Paraguay, Bolivia y Uruguay, en connivencia con la CIA de Estados Unidos, con la misión expresa de derribar toda fuerza opositora de izquierda que pretenda instaurarse en estos regímenes, los cuales fueron descubiertos por el destape de los archivos del terror en Paraguay ocultados en la dictadura del General Stroessner. Así, el 9 de febrero de 1977 se produjo la detención y posterior desaparición del doctor Goiburú en Argentina por agentes paraguayos, quienes participaban en calidad de fuerzas coordinadas, desconociéndose su ubicación hasta la fecha.

En este capítulo se analizarán los convenios en los diferentes sistemas de forma descriptiva, pero se realizará un examen más profundo de cuatro convenios que han tenido impacto en los diferentes estados adscritos: El Estatuto de Roma de la “Corte Penal Internacional” (EC), la Declaración de la ONU de 1992 para la protección de todas las Personas de Desapariciones Forzadas (DPPDF), la “Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra Desapariciones Forzadas” (CIPPDF) y la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada” (CIDF).

2.- En el ámbito del Sistema Internacional Humanitario

2.1.- Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales

Son aquellas normas internacionales convencionales o consuetudinarias aplicadas a los conflictos armados –generalmente, cuando se presentan conflictos entre Estados–. Lo que nos ocupa en el presente trabajo es el contenido del artículo 3 que es común a los cuatro Convenios y que trata específicamente de los conflictos internos denominado conflictos no internacionales, en cuyo contenido se precisa la obligación de las partes: tratar con humanidad sin ninguna distinción a todas las personas que depusieron las armas, que no están combatiendo por cualquier causa, prohibiéndose atentados contra la vida y la integridad corporal, considerando delitos como el homicidio, los tratos crueles, la tortura, los suplicios o mutilaciones, la toma de rehenes, así como los atentados contra la dignidad de la persona, sobre todo en lo relacionado a los tratos humillantes y degradantes.

Esto quedó reforzado con la adopción de los Protocolos Adicionales al Convenio de Ginebra del 08 de junio de 1977, el cual tiene la finalidad de completar y adaptar los Convenios a los conflictos, destacando el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la Protección de las Víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977, relacionado a guerras civiles, el cual comprende a todas las personas que no participan directamente en el conflicto o que hubieran participado a la fecha.

Conforme lo señala el citado instrumento –el cual deja en claro que las personas que no participan directamente en las hostilidades o que ya no estén participando se encuentren privadas de su libertad o en condición

de libres—, se respetará su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas, quedando prohibido ordenar que no haya sobrevivientes, al precisar: “quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1 a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal b) los castigos colectivos c) la toma de rehenes (...) e) los atentados contra la dignidad personal en especial los tratos crueles humillantes y degradante, la violación, la prostitución forzada y cualquier atentado al pudor”.

Documentos que si bien no especifican la prohibición de la desaparición forzada (el Protocolo fue emitido en 1949 y el CIDF fue emitida el 2006), es claro al realizar un análisis en su conjunto que estos instrumentos prohíben la desaparición forzada al contener la obligación del respeto a la dignidad de la persona y el derecho a la vida, los cuales se encuentran plasmados en la Convención y sus documentos adicionales, conforme lo señala Henckaerts, y Doswald-Beck (2007) al precisar que los instrumentos contienen prohibiciones que se relacionan directamente con la desaparición forzada, como la prohibición de tortura, de tratos crueles y humillantes, la necesidad de realizar un registro de datos de quienes se encuentren privados de su libertad (p. 388).

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) (2002) emitió una prohibición contenida en el Derecho humanitario consuetudinario, artículo 98 de la Norma Consuetudinaria del DIH, emitida en la XXVIII Conferencia Internacional del 04 de abril del 2004 de la Cruz Roja y Media Luna; el cual señala como garantía fundamental en el ítem “Trato Debido a Personas Civiles o Fuera de Combate” –conocidas como CAI/CANI– que declara expresamente la prohibición de las desapariciones forzada, sustentado, como se ha precisado líneas arriba, en la vulneración de derechos que forman parte del núcleo duro y que ha sido materia de políticas adoptadas por este organismo, dentro de ellas

la difusión del derecho Internacional Humanitario, la visita a personas detenidas, protección general de personas civiles afectadas en conflicto, restablecimiento del contacto entre familiares, compilación y tramitación de solicitudes de búsqueda, proyectándose incluso nuevas formas de acción que resulta necesario como gestiones diplomáticas preventivas cuando se desencadenan las hostilidades entre otros. (p. 280)

3.- En el ámbito del Sistema Penal Internacional

3.1.-El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (EC)

El Estatuto es el instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional, en adelante CPI, suscrito el 17 de julio de 1998, el cual ha sido ratificado por el Estado peruano el 10 de noviembre del 2001, entrando en vigencia desde el 1 de junio del 2002. Con este instrumento se consolida el Derecho Penal Internacional para la persecución y sanción de los responsables de perpetrar crímenes internacionales.

Tal como señala su artículo uno, la CPI creada con la finalidad de ejercitar competencia para el juzgamiento de crímenes de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de agresión y crímenes de lesa humanidad, se comprende a la desaparición forzada de personas conforme el contenido de los siguientes artículos:

“Artículo 7.1. Crímenes de lesa humanidad

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: i) Desaparición forzada de personas”;

“Artículo 7.2 i).

Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.

Se resalta el hecho que el mencionado instrumento precisa la característica para ser considerado como crimen de lesa humanidad, esto es, el requisito de realizarse de forma *sistemática o generalizada*, para Meini (2009) “...significa que responde a un plan o patrón regular que involucra recursos públicos o privados, o ambos, lo que supone no solo que exista una política de Estado, sino, además, que dicha política se logre adoptar de manera organizada...” (p.115) y orientada a la población civil, lo cual diferencia del presupuesto contenido en la Convención de la ONU, en tanto que para éste instrumento la práctica de la desaparición forzada *per se*, configura la vulneración, mientras que la CPI, precisa en señalar que lo que persigue es la violación del derecho en un contexto sistemático o generalizado, por ello, son los Tribunales nacionales los que deben perseguir y sancionar lo primero y será la CPI la encargada de perseguir y sancionar cuando estos constituyen crimen de lesa humanidad (Linghammar, 2008, p. 6).

Esta definición que conlleva al Estatuto de Roma a determinar como crimen internacional a los tipos penales con características de lesa humanidad, hace de este instrumento de un valor significativo para perseguir los crímenes más atroces en vulneración de la inderogabilidad de los derechos.

Así también Ambos (2000) afirma lo siguiente:

Por crímenes contra la humanidad se entienden hechos que, como parte de un ataque generalizado o sistemático, se dirigen contra una población civil, de los que el autor debe tener conocimiento del ataque (art. 5, párr. 1 (b), 7). Este elemento subjetivo supera las actuales exigencias del Derecho Internacional, pues se desprende ya del art. 30, válido como regla general para todos los tipos (en cuanto no se determine otra cosa), que en sentido subjetivo se exigen el saber y la intención (p.57).

Bajo la anterior afirmación cabría mencionar que el conocimiento del ataque generalizado o sistemático en los delitos contra la humanidad se debe entender como el resultado de una circunstancia según un curso efectivo de los hechos, en el sentido de que –al ser una exigencia mayor– no bastará con un dolo leve. Sino de la existencia de una probabilidad máxima al ser producido contra una población.

El antecedente próximo en la determinación de los crímenes denominados de *lesa humanidad* de este instrumento lo encontramos en la Corte Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y Ruanda, el cual tiene como antecedente más remoto a los Estatutos del Tribunal de Nüremberg y Tokio.

Históricamente es conocido las desapariciones que se produjeron en la Segunda Guerra Mundial cuando miles de personas fueron secretamente llevadas a Alemania desde los territorios ocupados en Europa bajo el decreto *Nacht und Nebel* ("Noche y Niebla"), emitido el 7 de diciembre de 1941 por el alemán führer y comandante Supremo de la Armada Fuerzas, Adolfo Hiltler (Citroni y Scovazzi, 2009, p. 90).

La característica fundamental de los delitos identificados de lesa humanidad es el ataque *sistemático y generalizado*. Se señala que la característica de la organización es su actuar masivo y sistemático desde una política estatal, es decir, la organización parte desde la cúpula más alta de un Estado, pero ejecutados bajo órdenes precisas por terceros,

esto es, masacres cometidas por ciudadanos de un Estado contra sus mismos connacionales.

Cabe señalar que este instrumento resulta completo y se adelanta a la comisión de los delitos penales internacionales, caso contrario de lo que ocurrió con los Tribunales arriba señalados, los cuales fueron de creación posterior. Asimismo, este instrumento ha consignado taxativamente el delito como crimen de lesa humanidad, lo que no ocurrió con el antecedente más remoto del Estatuto del Tribunal de Nüremberg que aun evidenciándose la comisión de este delito en la desaparición forzada, este crimen fue perseguido en tanto que el referido Estatuto consideraba una cláusula abierta para comprender todo acto inhumano perpetrado.

Lo mismo ocurrió con el Tribunal Penal de la Ex Yugoslavia, en el que tampoco se positivizó el delito de desaparición forzada, pero que pudo ser perseguido y sancionado por considerar en su instrumento el contenido una cláusula abierta para el delito de lesa humanidad. Precizando la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda que el ataque generalizado requiere de una gran cantidad de víctimas, que puede ser resultado de múltiples actos o de un acto único de extraordinaria magnitud. El ataque es sistemático si se lleva conforme a una política o programa preconcebido que sirva de directriz a los perpetradores del objeto del ataque (Pérez-León, 2007, p. 360).

Cabe señalar que este instrumento fue ratificado por el Perú, mediante Resolución Legislativa N° 27517 del 29 de setiembre del 2001, creando mediante ley N° 27837 la Comisión Especial Revisora del Código Penal destinada entre otros a la adecuación del Código Penal al ER de la CPI, relativos a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, tortura y crímenes de guerra, la aplicación de la cadena perpetua. (Chamorro y Llatas, 2007, p. 7).

4.- En el ámbito del Sistema Universal de los Derechos Humanos

4.1.- Declaración Universal de Los Derechos Humanos

Resulta indiscutible considerar la “**Declaración Universal de los Derechos Humanos**” (1948) proclamado por la Organización de las Naciones Unidas como el instrumento fundamental que reconoce los derechos individuales, a partir del cual advertimos que la desaparición forzada constituye la violación de los derechos contenidos de la vida, la libertad y seguridad personal, comprendidos en los artículos 3, 5 8 9 y 10.

Los crímenes de lesa humanidad atentan contra diferentes derechos humanos. A nivel de cada Estado de forma interna, se establece en cada Constitución la protección de diferentes derechos fundamentales, en ese sentido, la afectación de la desaparición forzada será múltiple. Sin embargo, la declaración Universal de los Derechos Humanos ha realizado esfuerzos a través de toda la historia y hoy en día “sigue siendo, de todos modos, punto de referencia. Gracias a ella, la sociedad de los Estados se ha esforzado por salir gradualmente de los años oscuros en que sólo el dominio y la fuerza (los ejércitos, los cañones y los navíos de guerra) constituían el parámetro para juzgar la importancia de los estados” (Cassese, 1993, p.57).

Tiene como principales fuentes convencionales el “**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**” (PIDCP), el cual es uno de los tratados de derechos humanos fundamentales de la ONU. Precisa disposiciones que fortalecen la protección de los derechos civiles y los derechos políticos establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, de los que se han redactado protocolos facultativos; el primero fundado en el mecanismo de denuncia individual, el segundo

con el objetivo de abolir la muerte pena. Si bien no se precisa el *nomen iuris* de la desaparición forzada, se desprende de la protección de un sinnúmero de derechos que tienen vínculos directo con ella, como los mencionados a continuación: el derecho a la vida (artículo 6); la prohibición de la tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes o castigo (artículo 7); el derecho a la libertad y la seguridad de la persona (artículo 9); el derecho de los detenidos a ser tratados con humanidad y respeto por la Dignidad (artículo 10); el derecho al reconocimiento como persona ante la ley (artículo 16), y; el derecho de los niños a medidas especiales de protección (artículo 24).

Asimismo, cabe considerar el *Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales*, las *Convenciones relativas a Genocidio* (1948) “*la discriminación racial, la discriminación contra la Mujer, la Tortura y los Derechos del Niño*”.

4.2.- La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT)

Desde este ámbito, los Estados en la perpetración del delito de desaparición forzada violan los artículos 1, 2, 12, 13 y 14 de la Convención, el cual tiene como objetivo prevenir la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, comprendiendo en su definición el sufrimiento causado por la desaparición forzada de personas detenidas. Pérez (2000) menciona que “se vulnera el derecho a la vida desde el momento en que se deriva en que se priva de dignidad al individuo en el ejercicio de tal derecho. Cualquier atentado contra la integridad física y moral convierte en *inhumano* el ejercicio del derecho a la vida (p.330).

La Convención solicita a los Estados que se tomen medidas eficaces para prevenir la tortura dentro de sus fronteras, así por ejemplo, prohíbe a los Estados la deportación de una persona a su País de origen si existen motivos fundados de que la finalidad de ello es la aplicación

contra su persona de tratos crueles. Por lo cual se le requiere a los Estados partes que adopten medidas eficaces para prevenirla. Se establece así su propio mecanismo de supervisión, como el Comité contra la tortura (CAT).

Este instrumento prevé disposiciones resaltantes respecto de la desaparición forzada, dentro de ellos el exhortar a los Estados partes a prevenir y prohibir la tortura en cualquiera de sus formas, debiendo tomar medidas, tales como: Garantizar que sea positivizado esta práctica como un delito dentro de las leyes nacionales, la prevención de la impunidad de los actores y una legislación adecuada que permita juzgar y extraditar a los responsables, así como la garantía de pronta investigación, la prohibición de valorar como prueba la obtenida en violación de sus derechos, producto de tortura, la prohibición de deportación, extradición o devolución de personas a los Países en los cuales se les requiera con motivos fundados de que serán sometidos a tortura.

4.3.- El Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura

Constituye un complemento de la Convención contra la tortura para cumplir el objetivo de prevenirla, a través de mecanismos instaurados para su prevención. Al respecto las disposiciones relevantes para la desaparición es el Protocolo Facultativo, el cual establece un sistema de visitas regulares de los organismos internacionales y nacionales a los lugares donde se está produciendo la misma; visitas que serán realizadas por el Subcomité de Prevención de la Tortura (SPT) quienes tienen el mandato especial de realizar visitas a lugares de detención de manera inopinada. El Subcomité ha restringido el acceso a todos los lugares de detención, sus instalaciones e instalaciones y a toda la información relevante relacionada con el tratamiento y las condiciones de detención de personas a las que se les ha privado de su libertad. El SPT también debe tener acceso a personas privadas de libertad para tener

entrevistas privadas con ellos, sin testigos y a cualquier otra persona que, en opinión del SPT, pueda proporcionar información.

4.4.- La Declaración de la ONU de 1992 para la Protección de Todas las Personas de Desapariciones forzadas (DPPDF)

Aprobada por la Asamblea General en la Resolución 47/133 del 18 de diciembre de 1992. Esta declaración no vinculante fue aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas en 1992. Constituyó el primer instrumento legal universal que se enfoca específicamente sobre desapariciones forzadas. Constituye un gran avance en cuanto a la tipificación jurídico internacional, y si bien no tiene fuerza obligatoria para los Estados partes, ello no enerva el hecho de reconocerle la calidad de declaración que debe adquirir un valor jurídico grande, teniendo en cuenta el papel fundamental que cumple la Declaración Universal de los Derechos humanos como formadora del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En ese sentido, cabe resaltar el contenido de sus artículos referidos a la condena de este delito cuando declara:

“Artículo 1.- Todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana. Es condenado como una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y como una violación grave manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales pertinentes”.

“Artículo 2. Todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al

reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro”.

Cabe señalar que este instrumento internacional no proporcionaba una definición exacta de este crimen y adolecía de lagunas que fueron llenadas con la dación de la “Convención Internacional Para La Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas” (CIPPDF), el cual individualiza textualmente el nuevo derecho humano, esto es, el *derecho a no ser sometido a desaparición forzada*, y tiene como finalidad la prevención y el reconocimiento del derecho de las víctimas y sus familias a la verdad, la justicia y a la reparación, así como al recurso efectivo. Advirtiéndose también avances en cuanto a medidas concretas como la obligación de mantener registros centralizados de todos los lugares de detención de las víctimas; como un gran paso de la ONU para la prevención y condena de este delito, conforme se aprecia del contenido del artículo 1 y del artículo 2 de dicho instrumento.

Así como el hecho de comprender de manera amplia el apoyo o aquiescencia del Estado, el cual se encuentra contenido en la parte introductoria (el preámbulo) tercer párrafo:

(...) arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que estas resulten privadas de su libertad de alguna u otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley(...).

El Grupo de trabajo de las Naciones Unidas sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias establecido por la Comisión

de Derechos Humanos fue creado en 1980, tiene por objetivo principal supervisar la aplicación de la Declaración de 1992, así como la de ser el puente entre las familias y los gobiernos señalados, enfocando su atención en que los distintos casos sean investigados por las autoridades pertinentes. Asimismo, en el supuesto de que los familiares o defensores se vean intimidados, perseguidos o acosados, el Grupo de Trabajo persuade a que las autoridades establezcan medidas para proteger los derechos fundamentales de los familiares y defensores de las víctimas.

4.5.- La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra Desapariciones Forzadas (CIPDF)

Se encuentra conformado por diez representantes elegidos por los Estados partes, permite como procedimiento humanitario urgente las visitas de investigación en los países, así como llevar a conocimiento de la Asamblea General de las Naciones Unidas hechos que involucren prácticas de desaparición forzada, en el contexto generalizado o sistemático. Es el primer tratado universalmente vinculante que trata específicamente el tema de las desapariciones forzadas. Fue adoptado en el 2006, y ya ha sido firmado por cerca de cien países. La convención está en vigor desde el 23 de diciembre de 2010, elaborada sobre la base de la declaración que regula el mismo tema.

El Presidente de la República del Perú remitió al Congreso para el reconocimiento de la competencia del Comité contra la Desaparición Forzada para los efectos de entrar en vigor por adhesión en el estado peruano el 14 de febrero de 2015, mediante Decreto Supremo 034-2015-ER.

La CIPPDF La cual a la par de dar una definición de lo que se entiende por desaparición forzada, desarrolla un amplio concepto sobre la víctima,

el cual comprende a los familiares de la persona desaparecida, así como al individuo que sufre de manera directa la consecuencia del crimen de lesa humanidad.

Lo resaltante de este instrumento es la constitución del Comité contra la Desaparición Forzada, el cual está integrado por expertos cuya misión es la de supervisar que se cumplan las obligaciones de los Estados partes.

Cabe resaltar el artículo 1, 2 y 3 del mencionado instrumento por su contenido respecto de la tipificación del delito de desaparición forzada.

“Artículo 1

1. Nadie será sometido a una desaparición forzada.
2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la desaparición forzada”.

“Artículo 2

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por *desaparición forzada* el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”.

“Artículo 3

Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de

personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables”.

La entrada en vigor de la CIPDF determina medidas sustanciales en la modificación de la norma penal nacional, como también la necesidad de adoptar e implementar un Plan Nacional de Investigación Antropológico Forense, así como una adecuada implementación del Plan Integral de Reparación a las víctimas, entre ellas las medidas satisfactivas. Sin embargo, será fundamental el hecho que al adherirse a la CIDF significará que el estado peruano declara reconocimiento expreso a la competencia del Comité para recibir y examinar lo expresado sobre este hecho proveniente de particular e incluso de otro Estado, en aras de una adecuada protección a los ciudadanos por la vulneración de este derecho fundamental.

5.- En el ámbito Regional - Sistema Interamericano de los Derechos Humanos

A nivel regional para América la OEA, tomando como norte la codificación que sobre la materia había desarrollado las Naciones Unidas se emitió entre otros la CADH, la Convención Interamericana para prevenir la tortura, el Protocolo adicional a la CADH o Protocolo de San Salvador, confluyendo los Estados partes en la creación de la CADH.

Para iniciar a detallar estas convenciones, primero debemos establecer la importancia y la fuerza vinculante de estos instrumentos jurídicos internacionales en cada Estado. La afirmación que Landa establece es la siguiente:

[...] Los tratados internacionales son normas jurídicas de aplicación directa e inmediata –*self executing*–; es decir que, no son meros derechos morales de naturaleza ética a la cual se encuentran

sometidos residualmente quienes interpreten y apliquen los derechos fundamentales de la Constitución; sino que, son normas jurídicas vinculantes y de aplicación inmediata (2006, p. 20).

Esto quiere decir que debe existir una garantía al momento de la aplicación tanto de las decisiones como de las recomendaciones de los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que debe ser en conformidad con la normativa interna.

5.1.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)

Suscrita el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica y ratificado por el Estado peruano el 28 de julio de 1979. Instrumento internacional fundamental en el que destaca la consagración de derecho a la personalidad jurídica como derecho fundamental a nivel de derecho a la vida, contenida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por el cual toda persona tiene derecho a que se le reconozca la capacidad de ejercer sus derechos, al mismo tiempo de asumir obligaciones y su derecho de actuar.

Por ende, partiendo de que la desaparición forzada vulnera derechos inderogables que son defendidos en la presente Convención, cabe resaltar conforme el pronunciamiento de la Corte IDH que la prohibición de la práctica de este crimen alcanza carácter de *ius cogens*, dada la sustracción a la ley del individuo que la coloca en indefensión total.

Respecto al derecho a la personalidad jurídica, la Corte IDH en el Caso *Anzualdo Vs. Perú*, párr. 101 estima lo siguiente:

“que en casos de desaparición forzada de personas se deja a la víctima en una situación de indeterminación jurídica que imposibilita, obstaculiza o anula la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer

en forma efectiva sus derechos en general, en una de las más graves formas de incumplimiento de las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos humanos”

En tal sentido, la Convención resulta base para la interpretación de las leyes nacionales en función a la defensa de los derechos humanos, como consecuencia, facilitará el desarrollo de la jurisprudencia.

Derechos inderogables contenidos en sus diferentes artículos tales como:

“Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica” (artículo 3) “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, Derecho a la Vida” (artículo 4)

“Derecho a la Integridad Personal” (artículo 5)

“Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre” (artículo 6)

“Derecho a la Libertad Personal” (Artículo 7)

O’Donell nos dice que la Convención Americana de Derechos Humanos “protege los derechos fundamentales por sobre una ley, en todo lo que los favorezca o promueva, pero también los protege negativamente, limitando y prohibiendo, en todo lo que les afecte una ley del Congreso o una sentencia judicial” (O’Donell, pp. 18-27 1988, citado por Landa, 2006)

La referencia se realiza en el marco de la discusión del derecho Internacional como un derecho de integración y de la armonización que debe existir con la normativa interna de un Estado suscrito. Así, bajo el comentario de Landa en algunos casos la norma internacional prevalecerá sobre la norma nacional o, a la inversa, ello debido a que se aplicará la norma que mejor proteja a la persona humana y a su dignidad, conforme al principio *indubio pro homine* o *favor libertatis*, postulado en el art. 1 de nuestra Constitución (2006, pp.17-18).

5.2.- La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada (CIDF)

Ha sido aprobada el 09 de junio de 1994 en la Convención Belem do Pará Brasil y entró en vigor el 28 de marzo de 1996 mediante la Resolución 1256 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, suscrita por el Estado peruano el 08 de enero del 2001, ratificada el 08 de febrero del 2002.

A instancia de la Organización de los Estados Americanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos elaboró el borrador de esta Convención en el año 1987 realizado en reuniones y consultas permanentes con diversas organizaciones gubernamentales, el cual fue posteriormente examinado durante varios años por un grupo de trabajo, obteniéndose un primer proyecto en 1992.

Tuvo como resultado el mencionado instrumento internacional especializado y vinculante en materia de desaparición forzada, el cual ha tenido implicancia directa en la jurisprudencia que sobre la materia ha emitido la Corte IDH. (Pelayo, 2012, p. 5).

Cabe destacar que uno de sus logros fue haber precisado una definición del delito de desaparición forzada, la cual se encuentra contenida en el artículo II que a la letra dice:

ARTICULO II

“Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar

sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.

La obligación de los Estados partes es la de tipificar el delito en la legislación nacional con jurisdicción y competencia a fin de perseguirlo (artículo III y VIII). Así como la extradición para quienes están involucrados en el mismo (IV, V y VI), también la delimitación de las competencias en el conocimiento de este delito por el fuero común y no por el fuero militar u otro, asimismo, la imprescriptibilidad (artículo VII) de lo que se advierte amplitud suficiente en el desarrollo del delito de desaparición forzada, el cual sirve de sustento en el mejoramiento de los estándares internacionales que nutren la jurisprudencia de la Corte IDH.

6.- CONCLUSIONES PRELIMINARES

1.- Existe consenso en el ámbito internacional que la Desaparición Forzada de personas como crimen de lesa humanidad vulnera una parte considerable del contenido –núcleo duro de los derechos humanos– reconocidos y expresados en las normas del *ius cogens* dentro de ellos el derecho a la vida, la libertad y seguridad personal, la prohibición de la tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a ser tratado con humanidad y respeto por la dignidad entre otros.

2.- La afectación de los derechos humanos contenidos en el núcleo inderogable de los derechos humanos que vulnera la perpetración del delito de Desaparición Forzada exige la complementariedad de todos los tratados internacionales relativos a la defensa de los derechos humanos allí contenidos.

3.- La Desaparición Forzada es vista desde el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional, como un todo complementario

en la prosecución del mismo, teniendo en cuenta que unifica dichos instrumentos internacionales el hecho se considerar la denominada personalidad jurídica internacional de todo individuo, el reconocimiento de la responsabilidad que asume el Estado como tal y al mismo tiempo el individuo a través de la Corte Penal Internacional, la unificación de considerarlo como crimen de lesa humanidad para todos los efectos que conlleva, el reconocimiento de ello a fin de que a partir de allí cumpla con todas la justicia de reparación dentro de ellos la prevención, la garantía de no repetición que hacen confluir al Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Penal Internacional.

4.- La creación de la CIDF como uno de los más importantes instrumentos para la persecución de este crimen, al mismo tiempo sustentan los fallos emitidos por la Corte IDH, dado que contiene entre sus normas principales la definición de la Desaparición Forzada de personas, la imprescriptibilidad de este delito que venía siendo materia de posiciones contradictorias a lo largo de su desarrollo, la obligación de los Estados partes de regularizar su normativa legal en función a la persecución de este crimen, considerando que es imprescriptible, no admite obediencia debida, debiendo ser ventilado en otra vía que no sea la vía judicial ordinaria como delito común.

CAPITULO III

LOS ELEMENTOS DE LA DESAPARICIÓN FORZADA EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

1.- Introducción

Para discurrir sobre la problemática de los elementos de la desaparición forzada, es necesario definirla construyéndola a partir de un estudio disgregado de los componentes que la conforman visto desde los instrumentos internacionales.

La definición que se elaborará se inicia desde sus mismos componentes, los cuales resultan indispensables, identificando claramente cuándo nos encontramos ante esta figura y si es que el hecho reúne todos los presupuestos que exigen los estándares internacionales. Lo establecido coadyuva al mismo tiempo en aportar los elementos necesarios para su conceptualización que deberá observar el legislador nacional en la tarea de adecuación de la legislación interna con respecto de los elementos que exige la regulación externa.

En ese sentido advertimos la definición contenida en tres instrumentos internacionales vinculantes y un instrumento no vinculante. El documento más antiguo que trata específicamente sobre la desaparición forzada es la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas a la Desaparición Forzada (DPPDF), la cual aunada a los demás, delimitan y establecen definiciones que tienen alcance global.

Linghammar (2008) considera que las definiciones extraídas de los instrumentos señalados no guardan exacta similitud, pero sí existen elementos constitutivos que unifican su definición al estar presentes en la mayoría de dichos instrumentos (p. 13¹). En función a ello y a la reiterada doctrina consideramos que son tres los elementos a tener en consideración para su definición y un cuarto elemento que será detallado como referencia, mas no como un elemento más de exigencia para la definición del mismo, en tanto que no concurren en todas las definiciones que se aprecian en dichos instrumentos y valorados en su conjunto consideramos que se encuentra inmerso en los anteriores, ellos son los siguientes: 1) la privación de la libertad, 2) la negativa de dar información y 3) el sujeto agente.

Pese a que ya la doctrina ha precisado que los dos primeros elementos son en realidad los fundamentales para su configuración, los cuales concurren copulativamente de tal forma que la persona al ser privada de su libertad genera como consecuencia la privación de la ley al negarse a dar información sobre dicha situación; el tercer elemento resulta de vital importancia para el desarrollo de esta investigación, en tanto que la doctrina no es pacífica en precisar cuál es el vínculo del agente con el ente Estatal, hecho que más adelante se desarrollará.

2.- Conceptualización de la desaparición forzada

La Declaración sobre la Protección de Todas las Personas a la Desaparición Forzada (DPPDF) ha considerado el siguiente concepto en la parte introductoria (el preámbulo) tercer párrafo:

(...) arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que estas resulten privadas de su libertad de alguna u otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley.

La “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” (CIDFP) en su artículo II establece como definición:

(...) la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

La “Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra desapariciones forzadas” (CIPPDF) en su artículo 2 señala lo siguiente:

Se entenderá por "desaparición forzada" el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del

ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.

También podemos observar que en el artículo 5 de la misma convención, nos menciona lo siguiente:

La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable.

Respecto a esta última disposición, en los comentarios de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2015) nos menciona que “los *travaux préparatoires* confirman que los Estados no pretendían definir las desapariciones forzadas como un crimen de lesa humanidad, sino principalmente recordar que, de acuerdo con otros instrumentos y fuentes del derecho internacional, esta era una calificación aceptada” (p. 104).

Esto quiere decir que, bajo una primigenia formulación, no tenía la acepción de crímenes de lesa humanidad, sin embargo, se vio necesaria replicar esta denominación en los instrumentos jurídicos para que posea un carácter global que sea respetada.

El Estatuto de la “Corte Penal Internacional” (EC) en el artículo 7. I:

Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

Para entender cómo ha sido considerado este delito en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, señalaremos el comentario de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (2015) que nos dice que “(...) puede observarse que los crímenes de lesa humanidad se caracterizan por sus elementos contextuales. Estos elementos específicos son los que permiten diferenciar, por ejemplo, un asesinato calificado como un delito común de un asesinato que constituye un crimen de lesa humanidad” (pp. 110-111).

Con posterioridad, dentro del capítulo designado para el análisis dogmático del delito de desaparición forzada se realizará una descripción de los elementos del tipo para su configuración para el estado peruano, bajo estos presupuestos de la teoría del delito se podrá verificar las diferencias con otros delitos.

Otra definición es la que se fija en la sentencia C-317 de 2002, de la Corte Constitucional de Colombia (M.P. Clara Inés Vargas):

El delito de secuestro lo comete quien arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con los fines determinados en la legislación penal; la comisión de la desaparición forzada se consuma en dos actos: la privación de la libertad de una persona –que puede ser, incluso *ab initio* legal y legítima– seguida de su ocultamiento, y además la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero sustrayéndola del amparo legal (Sentencia C-317 2002, citado por Meini, p. 2009).

3.- Elementos de la Desaparición Forzada

3.1.- La Privación de la Libertad

Es la primera fase que da inicio a la perpetración de este crimen, por el cual desarrollamos cómo es que los diversos instrumentos internacionales lo han enfocado y las características que la configuran como el punto de partida.

En la DPPDF se precisa textualmente “arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma” en la CIDFP se señala “la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma”. En la CIPPDF se menciona “arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad” Y en la EC se precisa: “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas”.

Con lo que advertimos que la Corte Interamericana es genérica en su definición, en tanto que únicamente señala a la privación de libertad y cualquiera de sus formas, dejando abierto un abanico de posibilidades que guarden relación con dicha privación.

Mientras que la Convención Internacional es más precisa al considerar dentro de la privación de la libertad al arresto, a la detención al secuestro y además agrega cualquier otro, por lo que es evidente que esta última definición resulta más completa.

Cabe señalar que no se puede dejar de lado la definición en este extremo que expone la CPPDF, en tanto que precisa varios supuestos como el arresto, la detención y el traslado, sin embargo, su definición además de formar parte de su preámbulo no es vinculante.

Distinto es la definición que hace la CE al mencionar un catálogo cerrado de conductas privativas de libertad a tener en cuenta como el inicio de este crimen al considerar únicamente la aprehensión, la detención y el secuestro que excluye a cualquier otra modalidad si se tiene en cuenta

que este instrumento regula la persecución del delito de desaparición forzada desde el ámbito puramente penal en la responsabilidad individual de su autor.

Por lo que, coincidimos con lo señalado por Ambos cuando señala que las conductas iniciales a partir del cual se perpetra la desaparición forzada son la detención, el secuestro, el arresto y la prisión, conducta de la que no necesariamente requiere que en su inicio este haya sido arbitraria o ilegal, que incluso es posible que inicialmente la conducta de aprehensión de la persona haya sido dentro de los cánones legales, y no sólo realizada por el agente estatal, sino por un particular, cuando nos referimos a la detención en flagrancia que para la legislación Nacional se trataría de un arresto ciudadano; ello está contenido en casi todos los instrumentos arriba detallados, cuando precisa de forma amplia que esta conducta puede cometerse en cualquier forma (2009, p. 211).

Aun cuando algunos autores como Modolell refiera que la conducta inicial de privación de la libertad en la desaparición forzada, necesariamente tiene que partir de un acto ilegal, no debiendo interpretarse el artículo II de la CIDF del supuesto que refiere a cualquier modalidad como el hecho de aprehenderlo en un marco de legalidad o ilegalidad, sino únicamente a la privación como una forma de ejecución de dicha privación. Aun cuando finalmente acepta que puede darse la desaparición forzada de una detención ilícita que devino como consecuencia de la aprehensión que inicialmente fue lícita (2009, p.190).

A esta privación de la libertad le sigue la no información del estado de la persona a terceros, que conforme lo ha delimitado la doctrina y la jurisprudencia internacional, esta aprehensión realizada por un sujeto no siempre coincidirá con aquella que deba dar información del paradero, es decir quien omite brindar dicha información no será necesariamente quien haya aprehendido o privado de su libertad a dicha persona. Con lo que queda claro que en la primera fase de la perpetración de la

desaparición forzada se da la privación de la libertad y esta debe ser ilegal, aun cuando antes haya ocurrido la aprehensión de la persona dentro de las garantías legales; desencadenándose dicha ilicitud por el hecho de negarse a dar noticias o lo oculta y se niegan a dar información

Al respecto Ambos señala que este elemento no puede considerarse como un acto constitutivo del tipo en tanto que el sólo hecho de la aprehensión no podría configurar el delito en grado de tentativa, por ello este lo consideran como una condición obligada, mas no como uno de las fases de su consumación (2009, p. 212).

Las figuras por las cuales se inicia la desaparición forzada de detención arresto, prisión y secuestro son de aceptación en el ámbito internacional, que conforme lo señala Ambos (2009) han sido dilucidados por el *Cuerpo de Principios para la Protección de Todas las Personas bajo cualquier forma de detención o encarcelamiento*, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173 del 09 de diciembre de 1988, por cual se precisa la diferencia existente entre el arresto que constituye en la conducta desplegada por el sujeto activo de aprehensión a una persona debido a la presunta comisión delictiva, la detención como la privación de la libertad, excepto por una condena, la prisión como la privación de libertad personal en virtud de una condena. Aunque vale la pena mencionar que en dicho instrumento no se aborda la figura del secuestro, por lo que cabe acudir a la definición contenida en la Resolución ECOSOC 2002/16, el cual en su artículo 1 precisa los supuestos de la figura del secuestro como la detención ilegal de personas contra su voluntad, el cual tiene como intención exigir para su liberación provecho ilícito a fin de obligarlo a hacer o no hacer algo, por lo que la definición que se precise del documento internacional, nos lleva a determinar que el hecho de mencionar únicamente detención ilegal abre un abanico de posibilidades dado la generalidad de la figura, por lo cual, aun existiendo en los tratados internacionales arriba detallados el

supuesto de cualquier forma de privación de libertad, en esta figura también deja dicha posibilidad abierta.

Respecto a la afectación directa, estos también constituyen derechos vulnerados, inherente a este elemento, es el derecho a la libertad personal. Podemos ver cómo explícitamente en la sentencia de la Corte IDH, en el Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* se establece lo siguiente:

“El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, que infringe el artículo 7 de la Convención que reconoce el derecho a la libertad personal” (Corte IDH, 2017, p. 29).

3.2.- La no Información del desaparecido

Sufrida la desaparición de una persona, es tarea primordial encontrarlo para conocer qué es lo que sucedió. Se centra la necesidad de quienes tienen el derecho a conocer la verdad, a solicitar la información, a tener noticias acerca del paradero de la persona, así como todas las circunstancias de los hechos en los cuales ocurrió la privación de su libertad que deriva en el impedimento de ejercer sus derechos en resguardo de su personalidad jurídica.

Este elemento sustancial ha quedado plasmado en los diversos instrumentos internacionales que vamos a resaltar a continuación: 1). La Declaración de la ONU de 1992 para la Protección de Todas las Personas de Desapariciones forzadas en la exposición de la Asamblea General ha señalado “y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad”; por su parte, 2). La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, en el artículo II prescribe que “seguida de la

negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida”, 3). El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en su artículo 7.2 i. lo precisa como la “negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero”, finalmente, 4). La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra desapariciones forzadas, en su artículo 22 especifica “La negativa a proporcionar información sobre una privación de libertad o el suministro de información inexacta, cuando se cumplen las condiciones establecidas por la ley para proporcionar dicha información”.

La jurisprudencia de la Corte IDH en diversas sentencias ha precisado como parte de los elementos de la desaparición forzada “a la negativa de reconocer la detención o de revelar la suerte del paradero de la persona interesada”.

Así, en el caso *Rodríguez Veras y otros Vs. Colombia*, emitida el 14 de noviembre de 2014, menciona que dada la jurisprudencia de la Corte, “una de las características de la desaparición forzada que la diferencia de una ejecución extrajudicial es que conlleva la negativa del Estado de reconocer que la víctima está bajo el control de aquel y de proporcionar información al respecto, con el propósito de generar incertidumbre sobre su paradero, vida o muerte, de provocar intimidación y supresión de derechos”.

Se desprende de lo señalado que todos los instrumentos internacionales lo han considerado, en tanto y en cuanto será de primordial necesidad su configuración, el cual ocurrirá a continuación del primer supuesto, esto es, después de la privación de la libertad, conforme se advierte claramente de los instrumentos citados, los cuales especifican a continuación de la privación con los términos “y luego”, “seguido de”.

La no información consiste en la omisión de quien tenga la obligación en virtud de un deber legal de proporcionarla, de negarse a realizarlo.

Información requerida clara, expresa y directa, la cual es conocida por los mecanismos y conductos regulares y encontrándose en la facultad de realizarlo, se niega a cumplir con dicho requerimiento con la finalidad de sustraerlo de la protección de la ley.

La información a la que se alude en realidad no se puede valorizar como un estándar de información, dado que no siempre será la misma en todos los casos, por ello, los instrumentos tampoco lo han especificado.

Qué sucedería si el Estado reconoce la privación de la libertad, pero no proporciona información alguna respecto a su paradero, igual se habría producido la desaparición, porque este resulta el elemento primordial para determinar la desaparición forzada (Linghammar, 2008, p.12).

“Debe subrayarse que la denegación de información es el elemento definitorio que diferencia la desaparición forzada de otras figuras afines, así como las detenciones ilegales, la tortura o las ejecuciones extrajudiciales” (Robinson, p. 264, citado por Sferrazza, 2018).

Por tanto, abordaremos respecto a la información que deberían de proporcionar los autorizados para que se considere que se ha satisfecho con los requerimientos de sus familiares o terceros no sólo del paradero de la víctima, sino también las formas y circunstancias de la privación de la libertad.

Al respecto Ambos comenta que tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido claras en señalar que no se requiere para la consumación del delito un requerimiento expreso de la información, relacionado a la privación de la libertad; es decir no se exige un emplazamiento formal previo para exigir la información, que, aun conociendo la desaparición forzada, su familia no lo realiza por múltiples razones, dentro de ellas la posibilidad de sufrir amedrentamientos (2009, p.34).

Ni siquiera es necesaria la petición que contiene el artículo 18 de la CIPPDF el cual detalla un sinnúmero de requisitos a que tiene opción la defensa o la familia de la persona desaparecida.

Ahora bien, en cuanto al plazo en que se tiene para entregar dicha información, según la doctrina y los mismos instrumentos aludidos precisan que la misma debe ser proporcionada sin demora, lo cual lo sustenta en el Código Penal Alemán, del cual refiere que en la primera alternativa se consideró que previamente debe de haber un requerimiento de la información, de lo contrario no se cumpliría con la exigencia de este elemento. Precisa asimismo el autor una segunda alternativa que ha sido aplicado en el Código Uruguayo conforme a la ley 18026 artículo 21.1, que como bien señala hace precisión del sujeto activo, en el sentido que puede ser tanto el agente estatal como el agente no estatal, pero no precisa cual sería la fuente de obligatoriedad que debería de tener dicho sujeto agente que no siempre será un agente estatal, y en que circunstancia este agente no estatal estará obligado a proporcionar la información a que se alude. De ser así también correría el riesgo de una posible autoincriminación del sujeto agente, por cuanto si bien está obligado a cumplir con dicha información, esa expresión y transmisión de información, conllevará a que dicho sujeto activo reconozca su actuar ilícito, supuestos en que la doctrina tampoco ha desarrollado, pero que también ha sido abordado por autores como Galall Palermo.

Cabe señalar en cuanto al sujeto agente no estatal al igual que el agente estatal, por razones estrictas del suceso, ambos se colocan en una posición de cumplir con la función pública que para el agente no estatal será el asimilar el cumplimiento de dicha función que no ostenta que nace de la naturaleza de este crimen, por lo cual como señala Ambos con su accionar generaría la obligación de cumplir con un deber jurídico, fundamentado en que es el mismo particular quien de motu proprio de ordena en función a la política estatal de desapariciones y en ese

trayecto se vincula con los deberes que ostentan los agentes públicos, por lo que no puede considerarse que haya una autoincriminación, o declaración contra sí mismo (2009, p. 222).

Desprendiéndose tanto de la doctrina como de los instrumentos internacionales que lo que se quiere fundamentalmente de la información solicitada es el paradero de desaparecido, así como el informe respecto de la privación de la libertad (donde está, porque está detenido), la ubicación de la persona se entiende satisfecha cuando se da cuenta de su ubicación geográfica y en caso esté muerta, dónde se encuentran sus restos mortales.

Sin embargo, debe precisarse que este supuesto no sólo se configura con la negativa de reconocer la aprehensión de la víctima, pues sucedería que el agente reconozca efectivamente dicha aprehensión en cuyo caso cabría suponer que se diluyó la desaparición forzada porque ha reconocido la privación de la libertad, lo cual no sería tan cierto, en tanto y en cuanto que la negativa supone también la ubicación de la persona, y por ende la negativa de informar dónde se encuentra, también configura la desaparición forzada.

Así también podríamos decir que respecto del hallazgo del cuerpo –en el supuesto de que hayan atentado contra su vida– no resulta requisito fundamental para afirmar el delito de desaparición forzada. Como se expresa en el Caso *Castillo Páez Vs. Perú*, en el párr. 73 se establece lo siguiente:

“No puede admitirse el argumento del Estado en el sentido de que la situación misma de la indeterminación del paradero de una persona, no implica que hubiese sido privada de su vida, ya que faltaría el cuerpo del delito, como lo exige, según él, la doctrina penal contemporánea. Es inaceptable este razonamiento puesto que bastaría que los autores de una desaparición forzada ocultasen o destruyesen el cadáver de la víctima, lo que es frecuente en estos casos, para que se produjera la impunidad absoluta de los

infractores, quienes en estas situaciones pretenden borrar toda huella de la desaparición”.

3.3.- El sujeto activo

El tercer elemento que forma parte de la desaparición forzada es el sujeto o agente perpetrador de la acción, que inicialmente se ha considerado en los instrumentos internacionales como al agente estatal, justificado por la conducta desplegada por un Estado, como acción o como omisión, responsabilidad desde sus órganos de gobierno, o actuando bajo la dirección, la instigación o con el control de dichos órganos como agentes del Estado.

Montoya señala que en la desaparición forzada “el funcionario o servidor público posee un deber especial sobre la intangibilidad del bien protegido... Este queda a merced del funcionario (o funcionarios) en la medida que el mismo ha ocultado absolutamente su situación y su paradero” (2009, p.10)

Posteriormente se consideró también a la persona o grupo de personas que han desarrollado la conducta de desaparición forzada como el apoyo o la aquiescencia del Estado, es decir sin ser agentes estatales han sido comprendidos en dicha práctica por haber perpetrado el crimen bajo la dirección y el control del agente del Estado, lo que ha venido plasmándose en los diferentes instrumentos internacionales.

Cabe señalar que en cuanto a la consideración de agente estatal y no estatal ha existido reticencia en los Países donde se han venido produciendo estas prácticas criminales, para comprender en su derecho interno al agente no estatal con apoyo o aquiescencia de aquel. Sin embargo, se han dado casos distintos como la legislación colombiana que comprende como sujeto agente a cualquier persona la característica

general del sujeto activo, así como a la par considera en un segundo párrafo la participación del agente estatal y no estatal con participación o aquiescencia de aquel.

Se debe mencionar que, en el caso de la legislación colombiana, no siempre fue así, puesto que, en sus términos iniciales en el artículo 165 mediante la ley 599 del año 2000 se estableció como único sujeto activo “el particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad...” a lo que por medio de la sentencia C-317 del año 2002 la Corte Constitucional la declaró inexecutable –esto es, inconstitucional–. Esto debido a que “...la misma obedecía a la reducción del ámbito de protección del art. 12 de la Carta Política, en razón de que los miembros de la fuerza pública u otros funcionarios públicos, pueden ser sujetos activos de la conducta, en forma directa o indirecta...” (López, pp. 80-81, citado por Sandoval 2002). Como consecuencia de esta sentencia, se agregó en un segundo párrafo lo siguiente: “a la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél...”. Finalmente fue configurado y quedó en el primer párrafo como “el particular que someta a otra persona...”.

La comprensión de un agente no estatal con apoyo o aquiescencia vino a consolidarse posteriormente con la promulgación y puesta en vigencia de los diversos instrumentos internacionales sobre desaparición forzada; sin embargo, como la realidad supera a la norma, los hechos en la práctica se vieron también extendidos hasta alcanzar a los agentes estatales, agentes no estatales con apoyo o aquiescencia de aquel y a agentes no estatales que no cuentan con ese apoyo, o aquiescencia de aquel, tercer supuesto que ha generado oposiciones desde el planteamiento en los grupos de trabajo para la elaboración de los instrumentos internacionales; significando que la fuerza de la realidad obliga a un cambio definitivo para comprender a este agente no estatal sin apoyo ni aquiescencia del Estado; hecho que ha planteado una

modificación en los instrumentos internacionales, tal es así que la DPDF en su tercer párrafo precisa "...por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento...".

La CIDF en su artículo II señala "...a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado".

La CIDFP en el artículo 2 igualmente precisa "...que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado..."

El EC en el artículo 7 literal i comprende "...personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia..."

Cabe señalar que si bien la CIDF en su artículo II ha precisado como elemento del sujeto activo al agente estatal así como también a las personas individual o colectiva pero que actúen con connivencia, instigación a instancias del agente estatal; no es menos cierto que esta precisión no guarda exacta relación con el contenido de su artículo 3 cuando señala "...Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables...."

De la lectura del mencionado artículo se aprecia claramente que las conductas comprendidas en la perpetración de este crimen no solo

abarca al agente estatal o no estatal con vínculo del Estado; sino que también comprende al grupo de personas que actúen sin la autorización, es decir, comprende al agente o grupo particular que perpetra este crimen; por lo cual existe en este instrumento un pronunciamiento que aparentemente no se ha definido uniformemente en dicho instrumento, pero que ha sido advertido y ha tomado postura por considerar a este sujeto no estatal.

Lo mismo sucede con EC el cual como se advierte del artículo 7.i citado líneas arriba no sólo comprende a los dos supuestos de agente estatal y agente no estatal con vínculo; sino que va más allá al considerar a la organización política, la cual no tiene vínculo con el Estado, lo que evidencia que esta definición es mucho más amplia y es adaptable a grupos que no son parte de los otros tratados, ello resulta razonable si se tiene en consideración como señala Nowak citado por Linghammar, que dada la naturaleza de este crimen, que desarrolla todos sus actos en absoluto secreto, lo que hace casi imposible conocer a ciencia cierta que los perpetradores efectivamente tuvieron un apoyo o asentimiento del Estado, resultando ser esta la razón fundamental para que sean incluidos también aquellos de quienes no se ha podido acreditar su vinculación, con la finalidad de abarcar todos los supuestos que signifiquen la persecución y sanción de los responsables, creando como lo señala una protección completa contra la desaparición forzada (2008, p. 16).

Interpretación que guarda relación con lo señalado por Alflen Da Silva quien al abordar la definición de la desaparición forzada, resalta el contenido en la CIDFP que adopta la regulación del EC, en el sentido de considerar también como sujeto activo a la organización política como no estatales, reconociendo que anteriormente a ello sólo se consideraba inicialmente al agente estatal, pero que ahora es factible que el hecho sea cometido por otros actores de carácter no estatal, dándose la

participación del sujeto agente en función del vínculo con el Estado como directos e indirectos (2010, p. 220)

Posición que también ha sido asumida por Galain al mencionar que los sujetos activos de este crimen pueden ser de dos calidades, el agente estatal o el agente particular, considerando al primero como funcionario público y al segundo como un particular, a su vez derivar en dos modalidades, la primera tomando en consideración que dichos agentes hayan privado de la libertad y la segunda que hayan cometido el crimen sin haber privado de la libertad, por lo que en este último supuesto se restringe la figura para considerarlo agentes, siempre y cuando hayan tenido relación con dicha desaparición (2009, p. 148).

En igual sentido se pronuncia Modolell, ciñéndose a lo expuesto en la CIDFP al mencionar que solamente podrían considerarse tipos de sujetos activos, por un lado, al agente del Estado propiamente dicho y el sujeto activo no estatal; sin embargo, reconoce que la EC ha precisado que comprenderá también a un tercer sujeto, esto es al grupo organizado (2009, p. 191)

En la definición de este grupo organizado considerado en doctrina como el agente no estatal autónomo se han emitido diversas expresiones para identificarlo, dentro de ellas, organizaciones políticas, grupos organizados, actos de los grupos organizados.

Finalmente, queda aclarado que son dos tipos de sujetos activos, a quienes se les imputará este crimen: el agente estatal y el agente no estatal.

3.3.1.- La responsabilidad del agente estatal

Se infiere tanto de los instrumentos internacionales, de la jurisprudencia, así como de los mismos sucesos criminales investigados en diferentes ciudades del mundo, que el Estado ha sido por muchos el primer y principal agente perpetrador de este crimen.

El primer sustento de la imputación por el cual se hace responsable al Estado en la atribución de un delito cometido por un órgano de ese mismo Estado o por un funcionario estatal para de ese órgano es por el *principio de Unidad del Estado* en consonancia con la *regla ultra vires*.

3.3.1.1.- El Principio de unidad de Estado

Es el sustento más sólido para atribuir el hecho ilícito al Estado, por el cual se le reconoce como un sujeto único e indivisible. En ese sentido, todo acto u omisión que cometa uno o alguno de sus órganos, serán reconocidos como acto u omisión de ese Estado, como lo señala Steiner y Uribe, ello porque no se puede identificar específicamente a qué órgano del Estado se le atribuirá el delito (2014, p. 17). Por lo cual, todo acto que despliega el órgano es en realidad un acto del Estado. Conforme al artículo 2 del Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente ilícitos (ag/53/83).

Un hecho será considerado internacionalmente ilícito y atribuible al Estado sin que necesariamente exista una coincidencia con el derecho Nacional, en tanto que la responsabilidad del Estado descansa en la responsabilidad que tiene frente a los individuos como sujeto de derecho internacional, del cual tiene como obligación el respeto de los derechos humanos y a su vez los individuos resultan los titulares del derecho de reparación.

Una vez producida la violación de la norma internacional nace en ese Estado la obligación de reparar, más allá de la existencia del

daño material; tesis que a decir del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Antonio Cancade Trindade es la responsabilidad objetiva el que se sustenta en el elemento de la diligencia debida que está en la obligación de ejercer sobre sus órganos, es decir, tan solo la debida diligencia sin que se tome en consideración el daño o la culpa (CIDH *caso Blake Vs Guatemala*).

Se encuentra sustentado en el artículo 1.1. de la CADH, el cual precisa la obligación que tienen los Estados partes en el respeto y garantía de los derechos humanos y todo menoscabo de los mismos por parte de algunos de sus órganos es atribuible al Estado.

Conforme lo señala Del Toro esta unidad comprende dos situaciones, una de ellas es la responsabilidad por la acción u omisión de todos sus órganos y la otra es la responsabilidad por la acción u omisión de todas sus autoridades en general (2002, p. 675). Entonces se genera la responsabilidad por actos ejecutivos al Estado, por la realización de actos de sus órganos como agentes, del que nace no solo nace el deber de reparar, sino el deber de prevenir, investigar y sancionar, así como también genera la responsabilidad por actos legislativos cuando se promulga una determinada ley contraria a la Convención lo cual constituye una violación de las obligaciones asumidas por él e igualmente por actos judiciales.

Ha quedado plasmado en diversas sentencias, como en el caso *Blake vs. Guatemala*, donde Nicholas Blake, periodista estadounidense que fue víctima de desaparición forzada por parte de una Patrulla de Autodefensa Civil, quienes actuaban como agentes del Estado atribuyéndole al Gobierno de Guatemala la responsabilidad por la investigación ineficaz y por no haber sanción contra sus responsables. La Corte determinó que dichas patrullas

debían ser consideradas como agentes del Estado, por lo que al Estado se le imputó la responsabilidad.

En el caso *Castillo Petruzzi vs. Perú*, por el cual el 14 y 15 de octubre de 1993 fueron detenidos Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi y otras personas de nacionalidad Chilena, se les inició un proceso en el fuero militar como autores del delito de traición a la patria, no permitiendo que durante el desarrollo del proceso contaran con abogado defensor, juzgado con jueces sin rostro, sin permitir ejercer su derecho de impugnación, suceso por el cual la Corte IDH declaró responsable al Estado Peruano, pronunciándose por la vulneración del artículo 2 de la Corte IDH en la emisión de los decretos leyes 25475 y 25659, así como la necesidad de realizar un nuevo juicio con la garantía del debido proceso.

Uno de los casos más conocidos es el caso *Gelman Vs. Paraguay* de la Corte IDH emitida el 24 de febrero de 2011 donde la desaparición forzada de María Claudia García no se hubiera podido perpetrar “sin el conocimiento u órdenes superiores de las jefaturas militares, de policía e inteligencia de ese entonces, o sin la colaboración, aquiescencia o tolerancia, manifestadas en diversas acciones realizadas en forma coordinada o concatenada ...de los Estados involucrados...”. De esta forma, incumplieron con sus deberes de protección a las víctimas –familiares– establecidos en el art. 1.1 de la Convención Americana.

Caso *Barrios Altos vs. Perú* de la Corte IDH, en donde el 13 de noviembre de 1991, miembros del ejército del Perú incursionaron en el lugar dando muerte por disparos de arma de fuego a quince personas que se encontraban en dicho lugar reunidos con motivo de una actividad de recaudación de fondos, motivo por el cual luego de ser sancionados, el Gobierno Peruano, promulgó la ley de

amnistía a favor de los responsables con la finalidad de exonerarlos de responsabilidad, lo que generó la emisión de la sentencia de la Corte IDH, que la declaraba incompatible con la Convención.

3.3.1.2.- Los Actos Ultra Vires

Son aquellos actos que desarrollan los órganos del Estado, más allá del marco de sus competencias y desconociendo las órdenes impartidas; es decir, existe una extralimitación que genera una infracción. Bajo ese supuesto corresponde evaluar si dichos actos no autorizados o ultra vires alcanza la responsabilidad del Estado, para tal efecto cabe hacer alusión a lo preceptuado por el Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (PREHII), el que precisa en su artículo 7 que toda extralimitación en las competencias otorgadas a los órganos son de responsabilidad del Estado. Sin embargo, no todo acto puede atribuírsele al Estado, en tanto que dichos actos desplegados por el órgano o ente sí son independientes y exclusivos con manifiesta carencia de competencia advirtiéndose una connotación estrictamente particular. Por el contrario, serán atribuibles al Estado cuando superan la apariencia de autoridad, es decir, que sus acciones se realizan en el ejercicio de sus atribuciones en calidad de funcionario, aun cuando la conducta no fuera de su estricta competencia o fuera contrario a los mandatos del Estado (PREHII AG/56/83).

En el tema que nos ocupa, los Tribunales Internacionales han emitido un caso emblemático respecto de delito contra la Humanidad; el caso Tadic en el que se pronunció el Tribunal para la Ex Yugoslavia señalando que un Estado es responsable “*por actos ultra vires o las transacciones de sus órganos...*” de los crímenes contra la humanidad en violación a los Convenios de Ginebra y graves violaciones a prácticas convencionales de la guerra, a los

que fue acusado Dusko Tadic, a quien se le imputo el haber asesinado durante la guerra en Bosnia de 1992 bajo el lema de la limpieza étnica, siendo condenado en julio de 1997 a veinte años de prisión.

En América Latina el caso señalado de *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* párr. 170 en el que la Corte IDH se ha pronunciado en igual sentido al señalar que el Estado debe responder por las acciones de sus órganos aun cuando hayan actuado en el marco oficial fuera de sus competencias, no pudiendo exonerar al Estado por las acciones ilegales de sus órganos, aunque la CIDH, no la aborda directamente sino que sustenta en la diligencia debida.

3.3.2.- Responsabilidad del Agente No estatal con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado

Lo encontramos en el artículo 8 del Proyecto de Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos “Comportamiento bajo la dirección o control del Estado se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento”.

Se trata de personas que, sin tener vinculación directa con el Estado, sin pertenecer a ningún organismo de este, así como tampoco ostentar algún cargo o función con el cual se relacione quien comete crímenes. Advirtiéndose en la usanza tradicional que los Estados muchas veces no desarrollan las conductas criminales por sí o por medio de sus organismos o funcionarios directamente, sino que se valen de un tercero, un anexo, aun auxiliar con complemento para desarrollar la acción. En ese grupo se encuentran las organizaciones civiles creadas con apariencia de otro fin, los grupos paramilitares o los grupos mixtos conformados por funcionarios del Estado en su

calidad de miembros de las fuerzas militares de un Estado con terceros ajenos al Estado pero que colaboran activamente en la prosecución de las actividades, en estos últimos el agente estatal es quien actúa de instigador, a fin de que el brazo armado, o de acción sea quien aparezca como el responsable único de los crímenes y de esta manera eludir como Estado su responsabilidad en los hechos.

Estos agentes no estatales como lo mencionamos líneas arriba pueden ser milicias grupos paramilitares u otros grupos que actúan en connivencia del Estado y ellos mismos otras veces actúan independientemente, existiendo diversos vínculos con éste, los más fuertes incluyen organizaciones que prestan ayuda financiera o diversos tipos de asistencia, lo cual se ha visto reflejado en distintos países, tal es el caso de Guatemala con la Patrullas de Autodefensa Civil, las Patrullas de Autodefensa Civil en el Salvador, los Comités de Autodefensa Ronderos del Perú, que actuaron con dirección del Estado en vínculos estrechos y muchas veces con provisión de armamento, dinero, impunidad (CVR, 2003, p. 437).

La actuación del agente estatal en apoyo o aquiescencia se valoró en la doctrina y la jurisprudencia, como se aprecia del Tribunal para la Ex Yugoslavia, el estándar de control de completa dependencia y bajo el estándar de control efectivo, sustentándose en que el comportamiento que demuestren sus autores podrá ser imputable al Estado, en la medida del control que éste ha venido ejerciendo en sus actividades.

Así en cuanto al estándar del control de completa dependencia, en la práctica fue de difícil probanza en tanto y en cuanto los Estados utilizaban a los agentes no estatales entre todo, para evitar ser identificados como los instigadores y aquellos sólo un apoyo de sus políticas y acciones, significando que para determinar que se produce

este control, es necesario determinar que el agente no estatal tiene total dependencia respecto de ese Estado.

Por ello, se adoptó el estándar de control efectivo, que según la jurisprudencia esta se acreditaría si es que se determina las acciones específicas que el Estado encomendó a dicho grupo o persona, en cuyo caso toda acción que esté fuera de la esfera de dichas indicaciones no constituiría vínculo con dicho Estado; sin embargo, al igual que el anterior, este también era de difícil probanza e inaplicable, salvo que haya existido directa planificación, provisión de suministros, armamento, pago de sueldos, entrenamiento, entre otros.

La finalidad de evitar que quede impune de su responsabilidad internacional, el mismo tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia elaboró un estándar más flexible, el control global que consiste en una actividad de coordinación, relación directa y planificación con el ente por el cual se requiere únicamente cierto grado de control. Al tratarse de un grupo organizado si este se encuentra bajo el control global del Estado van a generar inexorablemente una responsabilidad en el Estado, que para el caso las pruebas no son exigentes, teniendo que determinar el contexto histórico y político, y valorar los sucesos para cada caso en concreto.

En la Jurisprudencia de la Corte IDH, no se ha adoptado claramente los estándares de control efectivo o control global, sino que se ha orientado en el estándar de la diligencia debida, como la responsabilidad del Estado en la obligación de prevenir para evitar la vulneración de derechos adoptando medidas razonables en todos los ámbitos, tal es el caso de *Masacres de Ituango vs. Colombia* que en el párr. 153 estipula que ha quedado demostrado que 17 campesinos “fueron privados de su libertad por 17 días al haber sido retenidos por el grupo paramilitar quienes controlaban el corregimiento durante los

días de la incursión. Este suceso sucedió con la aquiescencia o tolerancia de agentes del Ejército colombiano. De esta forma, a las personas retenidas se le privó su derecho a la libertad con la finalidad de obligarlas a recoger y arrear ganado sustraído de toda la región”. La Corte estimó que las sentencias se produjeron de manera ilegal y arbitraria, puesto que se realizaron sin una orden de detención suscrita por un juez con competencia. Así como se pronunció por la diligencia debida que estaba obligado el Estado, quien creó objetivamente una situación de riesgo al haber creado a los grupos de autodefensa y no adoptar las medidas necesarias ante ese riesgo creado, así como omitir su función de investigar con diligencia los sucesos y omitir sancionar a sus responsables (*voto razonado del Juez Cancado Trindades Masacres de Ituango Vs. Colombia*).

3.3.3.- Responsabilidad Del Agente No Estatal sin Vínculo con el Estado.

3.3.3.1.- El agente no estatal en la CIPDFP

Como ya lo hemos mencionado líneas arriba el artículo 2 del referido instrumento considero concretamente como sujeto agente perpetrador del delito al agente estatal, del cual nos ha quedado claro que desde los inicios esa fue la postura defendida en todos los ámbitos y al agente no estatal que realiza la conducta con apoyo o aquiescencia de aquel, es decir del agente estatal.

Sin embargo, a suerte de contrasentido en el mismo instrumento artículo 3, agrega que con relación al contenido del artículo 2 en comento se comprenderá también al agente no estatal autónomo (Citroni y Scovazzi, 2009, p. 14).

Analizando los antecedentes que han servido de base para la elaboración de dicho instrumento observamos que las reuniones

realizadas por los grupos de trabajo para la elaboración del citado documento, tuvieron posturas opuestas, por un lado, un sector considera que únicamente son comprendidos los supuestos de agentes del artículo 2 y otro sector que consideró se comprenda a dicho agente sin vínculo, el que ha sido consignado en el artículo 3.

Al respecto en el Informe de trabajo E/CN.4/2005/66 10 de marzo de 2005 en el extremo de delimitar al sujeto activo un sector de dicha delegación solicitó que se precisara como partícipe al sujeto agente estatal propiamente dicho, es decir al agente que desarrolla funciones públicas, debatiéndose posteriormente la ampliación de la definición en el sentido de abarcar también a los agentes no estatales, ello en sustento que no eran los únicos sujetos de derecho internacional, aclarando en dicho debate que la inclusión del agente no estatal, en modo alguno debe de considerar la exoneración de la responsabilidad que tiene el Estado, por cuanto la comprensión de un agente no estatal, significaba que la responsabilidad del tal Estado continuaba vigente, concluyendo varias delegaciones en considerar la inclusión del agente no estatal en el artículo 3, como ha quedado vigente.

Algunas delegaciones del grupo de trabajo en comento, también consideraron que sería necesario prever taxativamente las obligaciones a que se harían pasibles los Estados por el accionar de los sujetos no estatales, para que de esta manera quede delimitado el hecho que ante un crimen de esta naturaleza perpetrada por un agente no estatal, el Estado también asuma su cuota de responsabilidad innegable sobre el suceso, para efectos que en las recomendaciones de tipificación en ámbitos Nacionales se prevea el alcance de sus crímenes al Estado.

Asimismo, en el informe de trabajo E/CN.4/2004/59 23 de febrero de 2004 se abordó el tema del sujeto activo, de quien un sector

consideró que la fórmula para su identificación es la de considerarlo funcionarios públicos, al igual que en la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, inhumanos o Degradantes. Así como también se planteó como propuesta que se incluyeran a las organizaciones políticas, que fue aceptado un sector de delegaciones y rechazado por otro sector, sustentándose en que deberían incluirse no sólo a grupos armados, sino también a los particulares, o incluso a toda organización. Considerando el hecho de que si se incluyen también a organizaciones políticas autónomas, se modificaría el esquema tradicional de responsabilidad que descansa en el Estado, en materia de derechos humanos, frente al cual se planteó la posibilidad de su inclusión en tanto y en cuanto la finalidad de dicha inclusión tiene como objetivo fundamental reconocer que los actores de este crimen también pueden ser cometidos por agentes no estatales, sin que ello enerve el hecho que el Estado deberá siempre asumir su responsabilidad por dichas acciones.

Sin embargo, quedó consensuado el hecho de considerar un realidad la incursión de las organizaciones políticas como agentes no estatales autores de este crimen, por lo cual se formuló la propuesta de tomar todas las medidas necesarias para prohibir y sancionar penalmente las desapariciones forzadas cometidas por agentes no estatales y en ese sentido se determinó no suprimir la referencia a las organizaciones políticas en la definición, decidiendo la inserción de un nuevo párrafo el que precisara que todo Estado podrá adoptar las medidas análogas en estos casos, en los que no existe un vínculo con el Estado que y se desarrollen fuera de su ámbito y control, dejando sentado que ello no modifica ni influye en la responsabilidad Estatal primordial de protección de los derechos humanos.

Las posturas en contra a considerar al agente no estatal autónomo básicamente se sustentan en que el agente no estatal, podría ser una organización política que en la práctica estaríamos refiriéndonos a grupos armados que generan los conflictos internos en los Estados, quienes al ser comprendidos también ostentarían reconocimiento de subjetividad internacional con cierto grado de condiciones igualitarias ante la comunidad internacional, lo cual sería un contrasentido si se trata de que dichas organizaciones deber ser sometidas vía aplicación del derecho nacional por sus atrocidades, sin embargo resulta innegable que dichas organizaciones van día a día ganando un espacio en la comunidad sin retroceso, sino en avance permanente, por lo que resulta insoslayable su reconocimiento.

Igualmente otro sustento en contra de considerar al agente no estatal autónomo se sustenta en que el Estado dejaría de asumir su responsabilidad Estatal en dichos crímenes porque estaría abocado en trasladar la responsabilidad a terceros; sin embargo, esta posición no tiene sustento si se tiene en consideración que la valoración de la responsabilidad del Estado en estos sucesos, involucra el hecho de haber cumplido con perseguir a los responsables o haber prevenido su comisión, es decir la responsabilidad del sujeto agente sin vínculo no enerva en modo alguno la responsabilidad que el Estado si tiene que asumir por la obligación de defensa de los derechos humanos, más aún que la perpetración de estos crímenes, pasa por una valoración de todo el hecho en su contexto, desde la identificación del ataque sistemático y generalizado por ende una responsabilidad del Estado, en ese panorama corresponde que las organizaciones políticas también asuman su responsabilidad penal en el ámbito nacional o internacional, es decir, corresponde que cada sujeto asuma sus responsabilidad en el ámbito de su infracción.

Igualmente, otro sector de la doctrina, en concordancia con la posición adoptada por un sector de los integrantes del grupo de trabajo que no están de acuerdo en la inclusión de los agentes no estatales autónomos, sustentan su posición en el hecho que se estaría produciendo una desnaturalización de los actores que tradicionalmente han sido reconocidos en el Derecho Internacional; sin embargo con ello están desconociendo la evolución de la que es objeto el derecho Internacional, en tanto y en cuanto que no sólo se puede considerar al Estado como el único ente con subjetividad internacional, sino que debe desterrarse dicho esquema tradicional.

3.3.3.2.- El agente no estatal en el EC

Como mencionamos líneas arriba el EC a diferencia de los otros instrumentos internacionales ha mencionado en su artículo 7. i lo siguiente: “una organización política, o con su autorización...” con lo que ha quedado zanjado que dicho instrumento internacional ha precisado claramente que el sujeto activo puede ser tanto las organizaciones políticas propiamente dichas en calidad de agentes no estatales autónomos como aquellos agentes no estatales que tienen el apoyo, la autorización o la aquiescencia.

Delimitando al agente no estatal autónomo en una organización política, que a decir de Linghammar (2008), comprendería conocidos movimientos de liberación nacional, grupos guerrilleros, partidos políticos, inclusive hasta terroristas. El uso de este término "político" exceptúa a otros grupos como la mafia o Los cárteles narcóticos u otras formas de delincuencia organizada, los cuales se orientan al tema de economía y no tiene un enfoque político. Sin embargo, el autor plantea la posibilidad de expansión de la configuración de los grupos políticos que sin serlo por la naturaleza dela perpetración de sus crímenes como por las

características de su ataque sistemático o generalizado, dichas entidades económicas se entrelazan con partidos políticos o grupos políticos desarrollando sus actividades.

Quedando claro que el EC ha adoptado una posición intermedia al no generalizar la organización, incluyendo algunos actores no estatales como lo son las organizaciones políticas y excluir a otras como las mafias, aún con todo ello, esta definición sigue siendo la más amplia si se tiene en cuenta la considerada por la CIPDFP (ibidem, p. 16)

Esta inclusión del agente estatal ha sido abordada por Kirsten quien destaca que el EC realiza una extensión de la definición de DF, al incluir a la organización política, tomando una posición distinta a la habitual a diferencia de CIPDFP y CIDFP, considerando que ambos instrumentos limitan la definición al omitir la inclusión del agente no estatal autónomo (2006, p. 12).

Resultando amparable desde esta óptica la inclusión del agente no estatal, únicamente con las características de una organización estatal, de una básica estructura institucional que tenga la capacidad de canalizar y coordinar al interior de dicha estructura la información respecto de sus acciones, específicamente de la desaparición de personas, a partir del cual nace el deber que tiene dicha estructura política de informar sobre el destino de la víctima.

3.3.3.3.- La no Información en el Agente no estatal autónomo

La problemática que se presenta en este extremo es por un lado como se determinaría que el sujeto activo en este caso agente no

estatal autónomo tenga el deber de cumplir con el deber de informar sobre el paradero del desaparecido, o entregar información sobre la privación de la libertad, si está actuando independientemente del aparato estatal, y se entiende que para la configuración de la DF, se requiere el elemento de la no información, desde el ámbito de una infracción de deber, por lo cual el agente tiene el deber por razón de su cargo de proporcionar dicha información sobre la víctima.

Por otro lado, esta exigencia que forma parte de la configuración del delito de desaparición forzada de entregar la información, cuando se trata de un agente no estatal sin vínculo se podría considerar como una autoincriminación, en el sentido que declarar el destino de la víctima resultaría un contrasentido que vulneraría su derecho de defensa de guardar silencio en tanto que la obligatoriedad de dicha norma, al mismo tiempo generaría el reconocimiento de su proceder delictivo.

En el análisis de las legislaciones latinoamericanas existe una postura mayoritaria la que considera que el deber de informar es el que tiene un agente estatal, Ambos citando a Palermo, señala que a un funcionario público se le puede exigir la información dado que tiene un deber específico de colaboración , y que su negativa devendría incluso en un encubrimiento, en ese sentido si solo un funcionario público tiene el deber, cuál sería la situación del agente no estatal si aun cuando tenga la aquiescencia de aquel no está obligado por razón de no ostentar las calidades del funcionario.

A fin de salvar esta crítica se ha convenido en que al tratarse de un delito de omisión, existe necesariamente una posición de garante, por el cual se configura a partir del deber extrapenal que nace de la función que tiene dicho funcionario, y que también se

adapta al agente no estatal que actúa con anuencia, o aquiescencia de aquel, como si se tratase de un funcionario público de hecho.

En el análisis que realiza el autor en comentario desde la perspectiva de la desaparición forzada en el ámbito de los instrumentos internacionales, al abordar el elemento de no información o falta de información coincide en manifestar primero que en cuanto al agente no estatal conforme expresamente lo deja sentado el EC, esta comprende una organización política, sin que necesariamente pertenezca o sea parte o tenga vínculo con la estructura estatal o actúe con la autorización o aquiescencia de aquel, coincidiendo que también hace alusión a este tipo de agente estatal la CIPDFP en el artículo tres, por lo cual al abordar el elemento de falta de información deja en claro que el agente no estatal con aquiescencia que omita la información sobre circunstancias de la privación o exprese su negativa a proporcionar su paradero comete la conducta descrita.

El sustento para hallar responsable al agente no estatal cuando omite dicha comunicación sin que llegue a incurrir en autoincriminación lo encuentra en la formulación alemana el cual sustenta la responsabilidad del agente no estatal al desarrollar una conducta por encargo del estado o de la organización política, o cuando incumple un deber jurídico. Es decir, se produce la posición de garante para el agente no estatal desde dos posibilidades, una considerando “su asimilación el cumplimiento de la función pública” al desempeñar su conducta por encargo, aquiescencia del Estado, como señala el autor “situándolo en posición de funcionario público y le adjudicaría ese mismo cometido y el mandato de no incumplir con el deber de velar por el correcto funcionamiento de las instituciones y el respeto de los derechos que debe proteger”. La otra por la obligación “de cumplir

un deber jurídico que se funda en que el particular por propia decisión y sin orden estatal se alinea a una política estatal de desapariciones y en tal asimilación se ve vinculado por tanto a los deberes jurídicos que interna o internacionalmente se prevén para los funcionarios públicos” sin violar por ende en modo alguno el principio de no autoincriminación (*nemo tenetur*).

En atención a lo expuesto y tomando como base que dos de los instrumentos internacionales más importantes en esta materia como son la CIPDFP y EC en concordancia con reiterada jurisprudencia internacional e incluso legislación comparada (Colombia), han considerado taxativamente como sujeto activo del delito al agente no estatal sin vínculo con el Estado, es factible considerar que está debidamente sustentado que el agente no estatal organización política pueda y deba cumplir con la exigencia de informar respecto de la privación de la libertad y/o el paradero de la víctima, por tener todas las calidades para ser considerado como tal y en cumplimiento de dicho elemento no se configure una suerte de autoincriminación.

Si tomamos como base lo expuesto por Ambos (2009) en el sentido que el agente no estatal vinculado al Estado asume como funcionario de hecho o en virtud de un deber jurídico; que para el caso que nos ocupa resulta perfectamente posible considerar como sustento de la obligación a informar del agente no estatal autónomo, el principio de deber jurídico, considerando sujeto activo a la organización política la cual se equipara al aparato estatal, debidamente conformado, estructurado, jerarquizado, del cual nace el deber de información de sus integrantes de informar como una figura similar al deber de información de los agentes estatales en tanto se ha considerado como un delito de infracción de deber.

3.3.3.4.- Sustento de la Responsabilidad del Estado en el accionar del Agente No estatal autónomo

Esta posición ya viene siendo adoptada en la doctrina y jurisprudencia, con respaldo a nivel mundial. Al respecto la Revista Review of de Red Cross en el 2006 publicó el artículo denominado “Obligaciones Dimanantes de los Derechos Humanos para los Actores No Estatales en Situaciones de Conflicto”, de Andrew Clapham, profesor de Derecho Internacional en Ginebra, en el cual aborda la problemática de considerar al agente no estatal autónomo como violador de derechos humanos, específicamente trata el tema de los grupos armados de oposición y las Empresas de Seguridad Armada que en distintas latitudes ha adoptado el nombre de mercenarios, cuya denominación ha solucionado el problema en el derecho internacional humanitario de privar a dichas personas del estado de prisionero de guerra; pero que no se ha abordado desde la otra vista, la responsabilidad que tiene el Estado en la violación de derechos humanos de estas empresas de seguridad, a quienes deberían de aplicársele el Proyecto de Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales.

Queda claro entonces que un agente no estatal autónomo sí puede y comete violaciones a los derechos humanos.

En ese sentido tomamos en consideración el Proyecto de REPII, el cual en su artículo 9 señala “comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional, el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esta persona o ese grupo de personas ejerce de hecho atribuciones del poder público en ausencia o defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el

ejercicio de atribuciones”. De lo que se desprende que como requisitos están la relación directa con el ejercicio del poder público con ausencia o defecto de sus autoridades y ante la necesidad de su presencia.

Con relación a este punto Medina (2016) considera que se dan dos escenarios en los cuales se configura la responsabilidad internacional de un Estado; por un lado, cuando el estado es cómplice o tolera las violaciones de derechos humanos, mediante acción u omisión. El otro escenario se da cuando se advierte que el Estado no ha sido suficientemente diligente para prevenir y reprimir los actos violatorios de agentes no estatales, es en este último caso en el que la línea divisoria del agente no estatal con vínculo y/o sin vínculo se hace imperceptible. En este caso el Estado deberá acreditar que cumplió con garantizar la protección de sus derechos, así como la imposibilidad de tener conocimiento de tales actos violatorios.

A través de la diligencia debida del Estado que se le exige un fortalecimiento de la protección de los derechos humanos, este vendría a ser la excepción al principio de unidad estatal para determinar la responsabilidad del agente no estatal, a través de la prevención y la sanción.

En ese sentido la prevención que se le exige al Estado con los mecanismos que adoptará con la finalidad de evitar que los particulares vulneren los derechos fundamentales, para ello resulta necesario conocer el riesgo inminente que tuvo la víctima de la vulneración de su derecho, ello es factible si se trata de una violación sistemática o generalizada. El Estado tiene el deber de adoptar medidas para contrarrestarlas; así como sancionar ante la vulneración de los derechos humanos de las víctimas, estando

obligados a utilizar todos los medios posibles para perseguir la conducta.

En cuanto a la desaparición forzada, cabe señalar que existe jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sancionando casos de autoría de estos delitos, en el que el autor es una persona indeterminada, por ende más allá de la vinculación con el Estado, en ese sentido el fundamento de atribución de responsabilidad al Estado es el hecho de que debió de tener conocimiento por los antecedentes de las víctimas y debió ejercer su poder en la prevención, desarrollando acciones positivas y palpables que justifiquen su accionar en defensa de los derechos humanos de estas personas. Por lo que el análisis del TEDH se ha circunscrito en verificar si es que ese Estado ha adoptado reales medidas de prevención y de protección frente al riesgo suscitado, esto es si el Estado ha actuado con diligencia debida. Por lo tanto, aun cuando no se ha probado que el Estado tenga una directa participación en los sucesos, si corresponde responsabilizarlo desde la óptica de las acciones que debió de realizar con la finalidad de impedir dichos sucesos.

En este contexto se tiene la sentencia *Kaya Vs. Turquía* por el cual se ha considerado responsable al Estado de las desapariciones de un médico y un abogado, no obstante, no se determinó individualmente al autor directo del crimen, recayendo la responsabilidad en dicho Estado, en tanto que adoleció su política en falta de prevención, así como se valoró el hecho de que se advirtió riesgo para las víctimas sin que no se hubiese adoptado los mecanismos suficientes para contrarrestarlas.

3.4.- Sustracción del Amparo de la ley

Si bien los diversos instrumentos estudiados lo han considerado en su definición –tales como los siguientes: 1. La DPDF en su tercer párrafo precisa “sustrayéndolas así a la protección de la ley” 2. La CIDF en su artículo II señala “con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes” 3. La CIDFP en el artículo 2 igualmente precisa “sustrayéndola a la protección de la ley” y 4. El EC en el artículo 7 literal i. comprende “con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley”–, debemos señalar que al analizar la construcción de cada figura existente en dichos instrumentos es de advertir que este presupuesto resulta ser la consecuencia de los anteriormente descritos, teniendo en cuenta que el hecho de la ocultación de la persona y la negativa a proporcionar una información sobre la privación de la libertad y/o la suerte de su paradero lleva intrínsecamente este presupuesto, dado que si no se conoce la ubicación de la persona como lógica se encuentra desprotegida legalmente.

La pregunta que se puede establecer de este elemento es la implicancia o consecuencia que tiene la sustracción del amparo de la ley. Verástegui, señala que “[la víctima] no tiene ningún recurso para que sus derechos y obligaciones sean salvaguardados, ya que la víctima es sustraída de la protección de la ley, situación que trae como resultado, entre otras cosas, la suspensión de la personalidad jurídica” (2016, p. 28).

La personalidad jurídica es una violación que no tiene existencia *per se*, sino a partir de una desaparición forzada, el cual vulnera atributos reconocidos a todas las personas, tales como la capacidad de ejercicio y de goce. Así como estos atributos, también se mencionan otros: el estado civil, el patrimonio y el domicilio. Meini señala que “el concepto jurídico de *desaparecido* que aquí interesa no es sinónimo de desconocimiento del destino del sujeto, sino de *desconocimiento de su localización en tanto sujeto a quien se le protege jurídicamente la personalidad*” (2009, p.118).

Si observamos esta realidad, quienes la padecen de forma directa son los familiares. Por ello, se debe considerar un procedimiento donde se declare la ausencia por desaparición forzada, teniendo dos consecuencias específicas: "...1) congelar los bienes, obligaciones y garantizar la vigencia de los derechos y 2) después de un plazo razonable, a instancia de la familia de la víctima, se declare la presunción de muerte" (Verástegui, 2016, p.32).

La consideración del elemento la sustracción del amparo de la ley se toma como una imposibilidad al acceso de los recursos legales, los cuales en consonancia con la vulneración a la personalidad jurídica acarrea una segunda cuestión: ¿qué sucede con aquellos familiares que sí poseen este acceso? La consideración de estas preguntas nos lleva a establecerlo como un elemento consecuente de los anteriores.

3.5.- La Prolongación en el tiempo como un cuarto elemento de la Desaparición Forzada

Se ha precisado en este trabajo que son tres los elementos de la desaparición forzada; sin embargo, teniendo en cuenta que el EC en su definición del artículo 7. I establece "por un período prolongado", Así el art. 17. 1. de la DPPDF dispone que "todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos". Un instrumento más que lo menciona es la CIDF que prescribe en su art. III que "será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima".

De toda esta normativa internacional se puede entender que existe la necesidad de que la conducta desplegada por el sujeto activo se realice

en un tiempo considerado, es decir, se debe interpretar que no se configuraría si este es un corto periodo de tiempo.

Al respecto cabe hacer mención que la CIPDFP ha dejado de lado todas las consideraciones sobre este criterio en la construcción de su definición, y tal como lo señala Citroni y Scovazzi ello por considerar que este elemento de prolongado periodo de tiempo resulta ambiguo en razón que se hace necesario valorar sin un criterio definido dicho periodo (2009, p. 13).

Para Sferrazza “la desaparición forzada es un hecho ilícito permanente, porque su elemento definitorio esencial es una conducta que por sus características se prolonga en el tiempo: la denegación de información” (2018, p. 203).

Existen doctrinarios peruanos quienes también han escrito sobre este elemento. Meini menciona que “se aprecia con meridiana claridad que el delito de desaparición forzada ocurre de manera instantánea desde que el autor no informa del paradero de la víctima. Que este continúe incumpliendo este deber durante una semana, un mes, un año o más, no modifica que ya consumó el delito” (2009, p. 125).

En tanto que tampoco se condicen con la Jurisprudencia internacional, como en el caso *Mahmud Kaya vs. Turkey* por el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que se había perpetrado desaparición forzada, no obstante, que la privación de libertad y desaparición habían transcurrido cinco días antes de que fueran encontrados sus cuerpos.

Sin embargo, en la Corte IDH hubo casos en defensa del efecto permanente, tal es el caso de *Blake vs. Guatemala* donde la Corte consideró su incompetencia sobre la violación al derecho a la vida y a la libertad personal de la víctima porque consideró que su detención y

muerte se produjeron antes de la fecha crítica y no podían ser calificadas de permanentes. No obstante, consideró su competencia para reconocer la vulneración de las garantías judiciales de los familiares de la víctima al no señalarles la información sobre su paradero y que se había prolongado con posterioridad a la fecha crítica en la que descubrieron sus restos.

Bajo todo lo expuesto, la delimitación de este supuesto resultará interpretativa para el operador del derecho al momento de determinarla, teniendo posturas de ambigüedad sobre este concepto o de firmeza por parte de algunos autores doctrinarios y de la jurisprudencia internacional.

4.- CONCLUSIONES PRELIMINARES

1.- La desaparición Forzada está compuesta por tres elementos, siendo el primer elemento la privación de la libertad, el cual puede realizarse inicialmente de manera legal o ilegal, si se produce de manera legal inicialmente, ello cuando se produce la aprehensión de la persona por parte del sujeto estatal en el marco de sus atribuciones, pero que luego de ello continúa aprehendido generándose una detención arbitraria. El segundo elemento

2.- El segundo elemento constituido por la negativa del agente activo de proporcionar información respecto de la privación de libertad o del paradero del mismo; elemento central que lo individualiza y lo define respecto de figuras aparentemente similares. Para el que no se requiere una comunicación regular previa hacia el sujeto activo, en observancia de procedimientos administrativos obligatorios; sino que su cumplimiento se da a instancia de los interesados y en un plazo razonable que conforme lo precisa la jurisprudencia en el plazo de cuarenta y ocho horas. No debiendo confundir las formalidades para la entrega de dicha información con lo preceptuado por los instrumentos internacionales, los cuales están

directamente relacionados al requerimiento que se le hace al Estado, en virtud de su responsabilidad por su carácter de tal.

3.- El tercer elemento es el sujeto activo donde se determina que existen dos sujetos diferenciados el agente estatal, es decir el funcionario o servidor público que en su condición de tal y para el Estado desarrolla la conducta y el agente no estatal que desarrolla esta conducta. En cuanto al agente no estatal existen dos modalidades la primera cuando el agente estatal realiza la conducta con la anuencia o aquiescencia del Estado, en cuyo caso la doctrina y la jurisprudencia ha sentado uniformemente que actúa como una prolongación del agente estatal y que se consuma el delito en su persona por tener un deber jurídico de informar, siendo que es el instigador quien asumirá como autor su perpetración, la segunda es el agente estatal sin vínculo con el Estado que ha sido considerado como un sujeto activo más en EC, que de su estudio se determina que se comprendería como autor en tanto y en cuanto se trate de una organización política, cuya organización y estructura sea equiparable a al Estado, en cuyo caso generaría el deber de informar.

La comisión del crimen de desaparición forzada por parte de agentes no estatales sin vínculo con el Estado, cumple con los elementos sin que el agente pueda alegar autoincriminación en cuanto al deber de información de la víctima, si se adopta la postura de organización política, construida como un aparato similar al Estado, es decir una participación del agente estatal de manera restringida, sin considerar al particular o persona individual.

4.- La sustracción del amparo de la ley a la víctima que está contemplado en la definición de la desaparición forzada, no se considera un cuarto elemento en tanto que esta resulta ser la consecuencia de los elementos antes descritos.

5.- En la comisión del crimen de desaparición forzada perpetrado por el agente no estatal autónomo existe responsabilidad del Estado por vulneración de la obediencia debida, en tanto que se le exige un fortalecimiento de la protección de los derechos humanos como excepción al principio de unidad a través de los mecanismos de prevención y sanción.

CAPITULO IV

EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA EN EL PERÚ

1.- Aspectos históricos de la desaparición forzada en el Perú

Sin duda la desaparición forzada de personas es una de las más atroces violaciones a los derechos humanos. Si embargo antes de adentrarnos en la ubicación espacio-tiempo del mentado fenómeno en nuestro País, es necesario ubicarlo en el continente, en ello nos ayuda Parayre, Sonia al sostener que, “en Latinoamérica, como práctica sistemática y generalizada, surgió en la década del 60 y tuvo como característica principal la negativa u ocultamiento de información sobre el paradero de la víctima por parte de sus agentes”. (Parayre, 1999, p. 26)

Sin embargo, hay versiones que sostienen que esta práctica puede remontarse a mucho tiempo atrás, como la desaparición de cadáveres en El Salvador en 1932, tras las masacres perpetradas por el régimen de Hernández Martínez.

Oficialmente el inicio de la “práctica tuvo lugar en Guatemala en 1962 y, en las décadas que se siguieron, el método se extendió a El Salvador, Chile, Uruguay, Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Honduras, Bolivia, Haití y México. A partir de la década del 70 surgió la preocupación en la comunidad internacional por tipificar la desaparición forzada de personas en instrumentos internacionales como una forma de crear conciencia en los Estados de la gravedad de la práctica y de impedir su desarrollo”. (Vélez, 2004, p. 40)

La desaparición forzada en el Perú, se dio como método contrasubversivo, que utilizaron los miembros de las fuerzas militares en contexto sistemático y generalizado desarrollado en un periodo de tiempo.

Esta práctica inicialmente la desarrollaron los miembros de Sendero Luminoso (SL) y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), como parte de sus actividades terroristas desde 1980, llegando a utilizar incluso las denominadas cárceles del pueblo. Los ataques terroristas que fue creciendo de manera vertiginosa se extendió por todo el país, llegando hasta la misma capital, esto obligó al gobierno de turno a emprender una contraofensiva, con la participación directa de los miembros de las fuerzas policiales, quienes al no poder neutralizar el ataque, se sumaron las fuerzas militares, miembros del ejército, la marina de guerra y la fuerza aérea, agudizándose el conflicto en el que ya no sólo participaban aquellos, sino también grupos paramilitares, comités de autodefensa, rondas campesinas y fuerzas combinas.

La contra ofensiva sin un proyecto de desarrollo claro para esta lucha, fue utilizando básicamente a la fuerza pública para la aprehensión de los presuntos subversivos -que no siempre iban a parar a manos de la justicia-, para el resultado inmediato que se exigían, conforme lo señala la CVR a) información de subversivos o sospechosos b) eliminación de los mismo y de sus simpatizantes y c) intimidación a la población con miras a impedir que formen parte de sus filas, generando de esta manera desaparecidos, al

hacer de lado el respeto de los derechos Humanos y el respeto de los usos en conflicto armado(CVR, 2003, p 55).

Existe registros imprecisos respecto al número de personas desaparecidas en el Perú como resultado de la violencia armada que sufrió desde el año de mil novecientos ochenta hasta el dos mil, con incrementos progresivos de intensidad y de expansión geográfica; sin embargo todo apuntan a un mismo sentido; el impacto del conflicto armado fue de enorme magnitud, que repercutió directamente en la población campesina indígena, autoridades de la zona del conflicto, como por el tiempo en que se desencadenó, así como por la dimensión geográfica que se extendió.

Reconocido como el más grande impacto negativo que tuvo en toda nuestra historia republicana, no sólo por el elevado costo económico que significo para el País, sino sobre todo por el número de víctimas, este fenómeno es el mayúsculo que ocurrió en nuestra Nación (CVR 2003).

La CVR, haciendo un estimado de las muertes ocurridas en esos períodos señala que el número aproximado de pérdidas humanas según las estimaciones estadísticas tomando como base los procedimientos estadísticos usados en investigaciones similares que determinaron el número de muertes por violencia política en los conflictos de Guatemala y Kosovo, en función a la base de datos utilizada consistente en la relación obtenida por la CVR, la Coordinadora General de Derechos Humanos, el Centro de Desarrollo Agropecuario, la Comisión de Derechos Humanos, la Defensoría del Pueblo desde sus informes defensoriales, que tomaron de base la estadística de las denuncias presentadas por los familiares de las víctimas ante el Ministerio Público y el Comité de la Cruz Roja, ascienden a 23, 969 muertos o desaparecidos, cifra moderada si se aplica la de *Estimación de múltiples sistemas*, con el cual la cifra aumentaría a 69,280 personas, de los cuales la mayor parte de víctimas se ubica en el Departamento de Ayacucho, pero que ha repercutido en todo el País

causando cerca de 1.2 millones de víctimas a nivel nacional (CVR, 2003, p. 220).

El contexto en el que se desarrolla los eventos, tiene su origen en el conflicto armado interno del Partido Comunista del Perú – Sendero Luminoso (PCP-SL) grupos armados que se enfrentan la soberanía del Estado Peruano, en la denominada *guerra popular*, utilizando la violencia armada no sólo contra los representantes de los Partidos Políticos – sector donde inicialmente desarrolla su violencia-sino sobre todo contra la población entre ellos campesinos indígenas, pequeñas autoridades del sector, para ello haciendo uso la violencia extrema y terror, desconociendo las normas básicas sobre guerra y los derechos humanos, acumulando el 53.68% de los muertos y desaparecidos, según la CVR (CVR, 2003, tomo I, primera parte , sección primera capítulo 4, p. 210).

Frente a ellos el Estado no demostró capacidad para frenar el avance de la subversión armada, mucho menos para defender y garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, de esta manera los ciudadanos quedando en una suerte de abandono, porque el Estado dejó la dirección del combate contrasubversivo a las Fuerzas Armadas quienes desarrollaron su función en el marco de las prerrogativas de los Estados de Excepción, situación que agudizó el conflicto y produjo una escalada sangrienta de muertos y desaparecidos por la respuesta militar del Estado Peruano, que según estimados de la CVR el 37.26% de muertos y desaparecidos son responsabilidad de los miembros de las fuerzas armadas, Comités de Autodefensa y paramilitares, de los cuales el 28.73% son responsables únicamente las Fuerzas Armadas(CVR, 2003, Anexo, p. 14).

Las incursiones de las Fuerzas armadas marca un antes y el después en las escalas de violencia, conociéndose la **primera etapa** del conflicto desde la primera incursión del PCP – SL, del 17 de mayo del 1980 hasta diciembre de 1982 con el ingreso de las Fuerzas Armadas a la ciudad de Ayacucho para la lucha contrasubversiva. Estando el País en elecciones generales SL,

realiza la quema de las ánforas electorales en chuschi, con ello hizo el deslinde de formar parte de un proceso democrático declarando la guerra al Estado Peruano, con el mensaje del autoritarismo y totalitarismo partiendo desde atentados aislados – atentado a infraestructuras, coche bomba o matar a alcaldes de los distritos afectados- hasta el genocidio sistemático a pobladores de las zonas rurales así como ataque a las fuerzas policiales, hasta consolidar un conflicto armado interno. Paralelo a estos hechos también se desarrollaba la transferencia del mandato presidencial al Arquitecto Fernando Belaunde Terry, su segundo periodo; quien no comprendió la magnitud del conflicto que se estaba desarrollándose y de las acciones necesarias que deberían plantearse, pues no se ocupó como agenda prioritaria el tema, dándole incluso un tratamiento de delincuencia común que sumado al debilitamiento de la institución de las fuerzas policiales por vinculaciones a corrupción, narcotráfico y tensiones internas entre sus entes, lo que fue utilizado por SL, expandiendo y fortaleciendo su institución (CVR, 2003, p. 201).

Expansión que se vio plasmada con la incursión de miembros de SL al CRAS de Huamanga, logrando el escape de presos ante la inacción de los miembros policiales encargados de la custodia; hecho que generó mediatización y publicidad nacional para SL quedando expuesta la falencia de las Fuerzas Policiales en asumir el control de la expansión de Sendero Luminoso.

La segunda etapa es denominada por la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) como la *militarización del conflicto* que comprende desde la instalación del Comando Político Militar de Ayacucho hasta la matanza en los Penales en 1986. Lo que dio un nuevo curso al conflicto, debido a la presencia militar en varias regiones del País, sobre todo en los lugares donde se había mostrado significativa presencia SL, esto generó una militarización del conflicto que causó a su vez más violencia. Como lo ocurrido en Uchuraccay, luego de cuatro semanas de la militarización se presentaron enfrentamientos contra SL, esto desencadenó un brutal

incremento de violencia, teniendo la mayor cantidad de muertes y desaparecidos. Casos emblemáticos de violaciones masivas de derechos humanos atribuidos a los Militares como el caso Socos en 1983, caso Pucayacu 1984, caso Accomarca 1985, mientras que por Sendero Luminoso caso Lucanamarca y Huancasancos 1983. Paralelamente el MRTA, dio inicio a sus actividades violentista en 1984, deslindando vinculación con SL (CVR, 2003, p. 221).

A pesar ante estos hechos violentos el entrante gobierno de Alan García Pérez 1985, no recorto las atribuciones de las fuerzas militares, al mantener el DL 24150, promulgado en junio de 1985 por el anterior mandatario Fernando Belaunde Terry, que respaldaba, regulaba y aumentaba atribuciones a los Comandos Políticos Militares. Llegando al punto álgido a causa de esta militarización con la masacre de los penales ocurridas el 18 y 19 de junio de 1986.

El aumento de la violencia genero diversos proyectos legislativos orientados a desterrar dicha práctica, para entonces Javier Valle Riestra en su condición de diputado presento un proyecto de ley en el cual incluyo a) la aprehensión del desaparecido así como la negación de su paradero, considerando su calidad de opositor o disidente político, estableciendo también la causal de eximente de responsabilidad si la persona reaparecía viva e indemne o si proporcionaban información decisiva sobre su paradero (artículo 2), consideraba también el hecho de aparecer viva la víctima como una atenuante calificada (artículo 3). Abordando el tema de la obediencia debida en el artículo 5 como imposibilidad de considerarla causa de justificación, siendo importante el hecho que consideraba el carácter de delito de lesa humanidad y las consecuencias jurídicas que implicaba la misma; debiendo ser juzgado en el fuero común.

No siendo este el único proyecto, sumando esfuerzos a la lucha antissubversiva el año 1984, el diputado Javier Diez Canseco presento el Proyecto Nro. 1771, en el cual también otorgó calidad de disidente político

sin obviar la calidad de funcionario público que ostentaba su autor. Pero la penalización indistintamente se daba por la detención arbitraria y por la negación de la información (1er párrafo artículo 2) (artículo 1 y 4). En este proyecto se consideraba como causa de justificación la imprescriptibilidad de la acción penal, siguiendo esto consideraba incluso el tema de la imprescriptibilidad de la acción penal (artículo 9). Así como también el Proyecto proponía que estos delitos se ventilaran en el fuero común, la sumariedad del proceso y el no indulto (artículo 11, 12 y 16). (CVR, 2003)

La tercera etapa que va desde la matanza en los Penales en junio de 1986 hasta el 27 de marzo de 1989 con el ataque senderista al Puesto Policial de Uchiza en San Martín de Porres. Para entonces el conflicto se había expandido fuera del departamento de Ayacucho, e ingresado a otras zonas primero aledañas y luego a Puno, el valle del Huallaga, en lo que SL llamó “*guerra de guerrillas*” y sometimiento de *bases de apoyo* (CVR, 2003). Infundiendo terror con la finalidad de debilitar al Estado mediante la incursión terrorista contra JNE, así como contra dirigentes del partido de gobierno. Pasando de la clandestinidad a la publicidad con la entrevista a su líder en un diario local.

Apareciendo en escena el denominado Comando Rodrigo Franco (1988) atribuyéndole la muerte del abogado del dirigente Osmán Morote, que había sido capturado por la DIRCOTE, que estaría conformado por un grupo de miembros policiales, imputándosele ser creado por el Partido Aprista.

Lo que no hizo mella en la ofensiva contrasubversiva que tomó ventaja del panorama político y económico del País que para esos años se enfrascaba en un descontrol de la economía, hiperinflación, estatización bancaria.

Y ante el incremento considerable de denuncias en 1988, los diputados de ese entonces tomaron como suyo el proyecto 62, en el cual se proponía la penalización de toda conducta realizada por el agente de la fuerza armada,

destinada a omitir, no negar la información sobre el destino que haya tenido la persona detenida (artículo 5) a la par que también se debatía el fuero donde debería ventilarse

La cuarta etapa denominada por la CVR (CVR, 2003, p. 81). la ofensiva subversiva y contraofensiva estatal, que abarca desde el ataque senderista al Puesto Policial de Uchiza en San Martín de Porres, hasta la captura del líder senderista Abimael Guzmán Reinoso y los principales miembros de su cúpula dirigencial en setiembre de 1992. En este periodo SL definió su plan el ataque a las zonas urbanas, avanzar del campo a la ciudad con atentados violentos frecuentes y visibles, generándose nuevamente un elevado número de víctimas, y las Fuerzas Armadas, orientadas en la Directiva Nro. 017 del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas para la Defensa Interior (DVA Nro. 017 CCFFAA PE DI) de 1989, por el que se toman dos decisiones la primera una organización de las Fuerzas Armadas en función a frentes contrasubversivos, derivados de una zonificación especial y la segunda la política de separación de subversión y narcotráfico, para combatirlos cuando actúen en conjunto.

Fue en 1990 cuando asumió el mando presidencial Alberto Fujimori, organizó el GEIN dentro de la DIRCOTE, el cual se dedicó a acciones de inteligencia para investigar atentados y acciones terroristas en la capital, las políticas anteriores se mantuvieron al seguir otorgándoles a las Fuerzas Armadas las facultades dadas en el anterior gobierno.

No fue sino hasta el golpe de Estado del 5 de abril de 1992, con el quebrantamiento del orden constitucional que el presidente Alberto Fujimori, endureció la legislación antiterrorista con la dación del DI 25475, 25499 y 25744 desconociendo el debido proceso, concedió amplios poderes a los Militares en el desarrollo de su actividad en las zonas de emergencia, que generó graves violaciones a los derechos humanos así como la creación del Grupo Colina responsable de los casos Barrios Altos, la Cantuta etc. con el reforzamiento de la Central de Inteligencia (CVR 2003,73).

Contexto en el que se agudiza las acciones de SL en Lima y se produce el asesinato de la dirigente local María Elena Moyano por parte de SL, como el caso Tarata de 1992, hechos de violencia que generaron enorme temor en la población citadina, que hasta ese momento no introyectaba la magnitud de la violencia en contra de su pueblo, que no vivió directamente asesinatos y desapariciones en masa en su entorno más cercano; pero que por décadas estaba viviendo la población rural, y que hasta esa fecha se consideraba sin precedentes; estos hechos marcaron un hito en la política de enfrentamiento y lucha del terrorismo, coadyuvo el hecho de que los terrorista habían realizado el avance del campo a la ciudad, estrategia que al mismo tiempo sirvió de oportunidad para lograr su desarticulación con la captura de altos dirigentes subversivos entre ellos Víctor Polay Campos y Abimael Guzmán Reynoso y con ello el inicio de su caída.

En ese panorama se produjo también la reforma del Código Penal en 1991 que contempló el delito de Desaparición Forzada, en el Capítulo II de los delitos de Terrorismo, Título de los delitos contra la Tranquilidad Pública, artículo 323. Desde la perspectiva de los bienes jurídicos protegidos a través de este dispositivo (vida, libertad, integridad personal, y personalidad jurídica), la ubicación sistemática del tipo penal resultaba a todas luces equívoca, a pesar de indicar el legislador que con el artículo se protege toda conducta que atente contra los derechos humanos. Exposición de motivos del Código Penal de 1991, promulgado por Decreto Legislativo N° 635, Lima 1991. Pág. 13). Empero su ubicación permitía entender que se estaba comprendiendo al agente estatal, esto es al funcionario público como el sujeto agente del delito, en tanto y en cuanto la desaparición forzada como practica de terror, es realizada por personas o grupos organizados de naturaleza estatal, que tienen como misión el control interno de una organización Estatal (Azabache, 1991 p. 40).

Sin embargo al producirse el golpe de estado el Gobierno de facto emitió el Decreto Ley 25475, que expresamente derogaban los artículos del Código

Penal referidos al delito de Terrorismo, el mismo que incluía el delito de Desaparición forzada, que para el dos de julio de 1992 al dictarse el Decreto Ley 25592, se penalizo este delito con la exigencia de que la víctima desaparecida deberá previamente obtenerse resultados de esta debidamente comprobada, a la que sancionaba con una pena no menor de quince años de pena privativa de libertad

Y la Quinta etapa se vislumbra desde el declive de la acción contrasubversiva, el autoritarismo en el Estado con el gobierno de facto y la corrupción acaecida en noviembre del 2000 con la huida del entonces mandatario ingeniero Fujimori.

Para este periodo abundó las denuncias contra las violaciones de los derechos humanos, que tuvieron respaldo con el hallazgo de fosas comunes en la Cantuta en 1993 que le fueron endilgadas al gobierno de turno, pero que éste no asumió responsabilidad y por el contrario mantuvo al SIN cómo su aparato político a la par realizaba modificaciones a la legislación con miras a generar impunidad de los presuntos autores de tales violaciones.

Capitalizando los últimos sucesos referidos a las capturas de los líderes senderistas, siendo el último en ser capturado por las fuerzas del orden el terrorista Oscar Ramírez Durand conocido como el camarada Feliciano, que impacto positivamente en la población y que fue aquilatada aún más con la incursión por miembros militares en la embajada de Japón en el operativo de rescate Chavín de Huantar; suceso que le sirvió al gobierno como medio de propaganda.

Cabe señalar que el Decreto Ley 25592, antes mencionado dispuso que la Policía Nacional del Perú a la vez que cree un registro de desaparecidos, también comunique al Ministerio Público respecto de estas denuncias, quien a su vez comunicará al Fiscal Superior Decano del distrito para que se redacte informes dirigidos a su vez al Fiscal de la Nación (artículo 4), luego

de lo cual elaborará un informe mensual ante el Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia.

La descripción típica del dispositivo permite afirmar que se refiere a un delito especial propio en tanto los autores o sujetos activos sólo pueden ser funcionarios públicos; que, al decir de Quintero Olivares, implica una limitación de la esfera de la autoría, no importa la absoluta impunidad de la eventual participación de un particular en tanto que éstos podrían ser procesados ya sea como cómplices del mismo delito o autores de un delito común (secuestro, homicidio, etc.) (2002, p. 186).

Donde la conducta ilícita penalmente relevante, se da con la privación de la libertad de la víctima de desaparición forzada, acción que despliega el autor de manera personal y directa estas acciones o las efectúa mediante terceros que actúan con su conocimiento y aceptación.

Esta exigencia de la norma penal peruana de que sea “debidamente comprobada” la desaparición, no ha sido considerada en ninguna de las legislaciones comparadas, termino por el cual debe entenderse en el sentido de agotamiento de trámites policiales y administrativos que normalmente son utilizados para la ubicación del paradero de cualquier persona desaparecida a efectos del nombramiento de un curador interino (artículo 47 Código Civil). Lo contrario implicaría imponerle al denunciante una previa actividad probatoria absolutamente sin sustento, si se tiene en cuenta la naturaleza misma de clandestinidad de la práctica. Incluso, esta condición podría entenderse como un presupuesto de punibilidad o procedibilidad que en buena cuenta no haría sino posibilitar la impunidad de ciertas conductas. Dicho esto, se entiende que tal requisito carece de una fundamentación político-criminal razonable.

Mediante la Ley N° 26926, se agrupó en un solo título los “Delitos contra los Derechos Humanos” el cual a su vez engloba delitos como el genocidio, la

tortura y la desaparición forzada. Sustento que tuvo el legislador en razón de que esta agrupación de delitos, por su naturaleza de afectar los derechos humanos, y tener entidad en cuanto a bien jurídico tutelado: los derechos humanos, destaca su unificación bajo este título por la trascendencia de los derechos y bienes jurídicos afectados, a lo que se agrega que la ley con buen criterio considero que serán tratados estos delitos en la vía ordinaria teniendo en cuenta su complejidad y en el fuero común por no ser considerados delitos de función.

No obstante, los avances advertidos, no reflejo un significativo avance o impacto en el ámbito procesales, ni tampoco un impacto de reconocimiento de protección penal de bienes jurídicos, por tanto, no surtió el efecto esperado la reformulación del tipo penal previsto en el artículo 1º del Decreto Ley N° 25592, permaneciendo el cuestionado vocablo “debidamente comprobada” en el artículo 320º del Código Penal.

En la actualidad, se ha producido una modificatoria del Artículo 320 del Código Penal, mediante D.L. Nro. 1351 del siete de enero del 2017, el cual establece en su nuevo texto además del funcionario o servidor público, el hecho de considerar a cualquier persona con el consentimiento o la aquiescencia, con la negativa de reconocer la privación de la libertad y/o la negativa a proporcionar información cierta de su paradero, manteniéndose la sanción punitiva para este supuesto. Asimismo, ha añadido agravantes en cuanto a la víctima si esta es menor de dieciocho años o mayor de sesenta años de edad, así como si padece de cualquier discapacidad o se encuentra en estado de gestación.

2.- Definición y naturaleza jurídica de la desaparición forzada de personas

Para los efectos de definir la desaparición forzada de personas, resulta primordial, tomar como fuente los instrumentos internacionales sobre la materia en los cuales se ha abordado su definición

En ese sentido, tenemos como instrumentos internacionales tenemos la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, aprobada por la ONU, la cual la define como "arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley"

En el mismo sentido la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas aprobada por la Asamblea General de la OEA, la que señala "la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes"(CIDF,ONU,1996)

Analizando los instrumentos arriba detallados en concordancia con la jurisprudencia de la CIDH, se aprecia que la mencionada considera como requisito central a la aprehensión del individuo, es decir la privación de la libertad, y si bien señala que puede ser en "cualquiera de sus formas" ello está referido a la variedad de modalidades en que se produce dicha aprehensión, coincidiendo con lo señalado por Juan Modolell Gonzales, cuando refiere que la forma como se produce no tiene vinculación con el carácter de legal o ilegal, siendo que si se trata de una detención legal, ello

no configura dicho delito; sin embargo si se mantiene en el tiempo la aprehensión de dicha persona deviniendo en ilegal su aprehensión a partir de allí que se tomará en cuenta para considerar la configuración del delito (2009, p. 188).

Asimismo se desprende de los instrumentos anteriormente señalados que en cuanto a la falta de información sobre el paradero de la persona detenida los pronunciamientos de la CIDH han sido uniformes al referir en diversas sentencia como “negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona interesada” (Cuadernillo de Jurisprudencia Nro.06 CIDH, p.6), elemento fundamental que hace la diferencia a equiparar a la desaparición forzada con el delito de secuestro, que resultan concurrentes y no optativas, es decir se requiere de los dos elementos para que se configura el delito (ibidem 2009, 189).

Cabe señalar que en el caso Gómez Palomino vs Perú, la Corte determinó que la desaparición forzada, debería ajustarse a los estándares internacionales, desterrando la estricta e incompleta definición del sujeto agente del delito, al mencionar que se debe de desterrar la idea de que los autores sólo pueden ser los funcionarios públicos, o servidores públicos; sino comprender a todos sus partícipes, sean autores, cómplices, y encubridores, considerando en dicha definición a los agentes no estatales que actúan con autorización consentimiento o aquiescencia, agregó la Corte en el caso Rosendo Radilla vs México que la sanción a los agentes del delito, para no generar impunidad debe de ser lo más amplia posible a fin de comprender a todos los responsables así como la innecesaria exigencia del tipo penal de que sea una desaparición debidamente comprobada (Carlos María Pelayo Moller, 2009, 47).

Asimismo tenemos instrumentos internacionales a nivel internacional como la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas de la Desaparición Forzada la cual la define como: "el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de

agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley"

En el mismo sentido Amnistía Internacional, que se pronuncia señalando que el delito de desaparición forzada se produce cuando: *"Las autoridades niegan haber privado de la libertad a la víctima, ocultando de este modo su suerte y su paradero (...). Los desaparecidos son personas privadas de la libertad por agentes del Estado, de las que se oculta el paradero y suerte y se niega la privación de la libertad"*(Amnistía Internacional 2016).

En instrumentos internacionales de Derecho Penal Internacional como El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional la cual señala "la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado"

Analizando estos instrumentos internacionales en comento, conforme lo precisa Kai Ambos, se encuentran delimitadas dos fases principales de la conducta típica

- 1.- La conducta del sujeto agente de privar de la libertad a un individuo
- 2.- La negativa a informar de su destino, o paradero de dicha persona retenida o reconocer la privación de la libertad (2009, p. 209-231) lo que conlleva a la sustracción de la víctima del amparo legal.

Tanto desde el estudio de la DF desde los diversos ordenamientos Nacionales, como desde el ordenamiento internacional, es decir en función a

la legislación Nacional de los Estados y en función de los Tratados Internacionales.

Aunque con un análisis más profundo Carlos Pelayo Moller ha manifestado que la CIDH, ha considerado cinco elementos a tener en cuenta para definir a la desaparición forzada “a) el elemento ilegalidad de la privación de la libertad, b) la disyuntiva entre los elementos de privación de la libertad y la negación de proporcionar información sobre el paradero c) la negación a reconocer la libertad d) la proporcionalidad de la pena en razón de la gravedad del delito y e) la naturaleza continua o permanente del delito” (2012, p. 41).

Desde el punto de vista del Ordenamiento Internacional, óptica mas amplia para protección de los derechos humanos conforme lo señala Kai Ambos la Corte Penal Internacional, mantiene una definición similar casi en todos sus elementos; sin embargo otorga mas precisión a las modalidades de la privación de la libertad al considerar no sólo la detención, sino también el secuestro; asimismo desarrolla una precisión más amplia en cuanto a los sujetos activos del delito al considerar no sólo al agente Estatal y al que actúa con apoyo, consentimiento o aquiescencia de aquel; sino que también añade como parte de sujeto activo a la organización política la cual no tiene una vinculación directa o indirecta con el Estado, seguido de la negativa de informar el paradero de la víctima con la finalidad de dejarla en indefensión (ibidem, p. 219 y ss).

Si bien algunos autores reconocen la comprensión de la organización política como un sujeto agente en el delito de desaparición forzada erradamente piensan que no debe comprenderse a la organización política como tal, en razón de que este delito tiene la especial exigencia de que su carácter de bien jurídico protegido, está vinculado al acceso a los recursos que tiene como finalidad el esclarecimiento de los hechos y sólo es el Estado quien tiene dicha obligación con el particular o el opositor,

considerando que solo tendría efecto si la organización política sustrae a la víctima de la posibilidad de sus recursos legales con la aprehensión en un territorio y traslado fuera de él y fuera del ámbito y protección del Estado que signifique la imposibilidad de acceder a sus recursos.

Por otro lado resaltante de la definición que otorga la CPI es el haber señalado en su artículo 7.1 la precisión de que se trate de un “ataque sistemático y generalizado”, para comprender al delito en comento como uno de lesa humanidad, condición de sistemática, que requiere sea parte de un plan de una política pre concebida por uno de los grupos de poder que busca imponerse sobre otro, generalmente el grupo de poder ha sido a lo largo de la historia los gobiernos de facto enquistados en un País y para derrotar a sus opositores, utilizan el mecanismo de la desaparición.

El cual tiene su fundamento en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg, el cual hace alusión a los tratos crueles e inhumanos de exterminio de la raza humana, desde el asesinato, que se comete contra un determinado grupo de personas que tienen características similares o reúnen determinados requisitos que lo hacen pasible de persecución política, racial o religiosa, y son considerados una amenaza para el desarrollo o implantación de una política de Estado, con la finalidad de exterminarlos, al margen del conflicto que pudiera existir entre ambos considerando tres clases de crímenes de carácter internacional, los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz y los crímenes de lesa humanidad.

Clasificación que ha sido recogida por la CPI y subsiste hasta la fecha, por la necesidad y utilizada del concepto para abarcar toda clase de crímenes por violación de los Derechos humanos.

Como lo señala Kia Ambos, resulta necesario que el tipo penal comprenda como elemento normativo del tipo objetivo el contexto específico en el cual se desarrolla la conducta de ser un ataque sistemático o generalizado, dado

que esta es la razón por la cual los desaparecidos se ven imposibilitados de hacer uso de los mecanismos legales que la ley le franquea en aras de la defensa de sus derechos, que generalmente ha sido cometida por miembros de un Estado contra la indefensa población civil, si es que no se da este presupuesto de sistemático o generalizado los hechos serán tramitados como un delito común (ibidem, p. 247).

Tratándose de la definición de este delito cabe resaltar el pronunciamiento de CVR se pronuncia al respecto y precisa que cuanto a la Desaparición Forzada que este constituye "*la desaparición y privación de libertad de una o más personas cometida por agentes del Estado o por quienes actúen con su autorización, apoyo o tolerancia, así como por particulares o miembros de organizaciones subversivas. Dicho acto es seguido por la falta de información o la negativa a reconocer la privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona. Tal ausencia de información o negativa impide el ejercicio de los recursos legales y de los mecanismos procesales pertinentes.*" (CVR, informe final 2003, p 60). Definición referida a toda víctima cuyo paradero resulta no conocido, así como también a aquellas víctimas de desaparición que fueron encontrados únicamente sus restos, como a aquellos que luego de haber sido aprehendidos fueron posteriormente libertados. La desaparición de personas comprende a aquella persona que luego de haber sido aprehendida y reportada como desaparecida, es luego encontrada o reaparece, aun cuando haya ocurrido un corto periodo de tiempo (Ibidem, p. 61)

3. La desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad

La desaparición forzada, conforme lo señala Ivan Meini, son los atentados que se cometen bajo un contexto de ataque generalizado o sistemático sea con tolerancia de *iure* o *de facto* del poder público que contienen tres elementos a) generalidad en el ataque, el cual está referido a un plan o un

patrón regular organizado, como *“política de terror, de persecución y represión, lo cual le da la connotación de crimen internacional, esta característica, se manifiesta también en la ejecución masiva y repetitiva de la conducta, b) participación del poder público y c) en agravio de una población civil (2009, p.115).*

Uniformemente se considera a la Desaparición Forzada como crimen de lesa humanidad, en tanto que exista un ataque generalizado y sistemático, conforme lo ha expresado la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada, en su artículo 5 al señalar *“la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable”*

Cabe señalar que la consideración como crimen de lesa humanidad a este delito, fue aceptado uniformemente por las delegaciones participantes; sin embargo, hubo reticencia en su promulgación en tanto que las delegaciones consideraban que no era necesario consignar que sea en contexto sistemático y generalizado, lo cual debe de ser de consideración del Derecho Penal Internacional.

Asimismo la condición de lesa humanidad también está contenida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional al señalar *“Artículo 7.- Crímenes de lesa humanidad 1. A los efectos del presente Estatuto se entenderá por **crimen de lesa humanidad** cualquiera de los actos siguientes, cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque (...) i) Desaparición forzada de personas”* lo cual le otorga una condición de imprescriptible por la conmoción social que causa a la humanidad.

En contraposición al párrafo anterior, la Convención Interamericana de Personas sobre desaparición forzada no ha considerado en el contenido del

instrumento de desarrollo el ser un delito de lesa humanidad, únicamente hace referencia en su preámbulo de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Desaparición forzada, así como también en otras resoluciones Interamericanas; sin embargo se complementa con los pronunciamientos emitidos a través de las sentencias de la CIDH, en los que ha indicado que se considera crimen de lesa humanidad cuando se trate de un ataque sistemático y generalizado contra la población civil, conforme lo cita Carlos María Pelayo Moller.(2012, p.46) al referirse a la sentencia emitida por la CIDH caso Manuel Cepeda Vargas vs Colombia del 26 de mayo del 2010 sobre ejecución extrajudicial, en la cual señala que las graves violaciones a los derechos humanos que hayan sido cometidas bajo un contexto de ataque sistemático y generalizado deberán ser considerados como crimen de lesa humanidad, lo cual también guarda relación con el caso Gelman y otros vs Uruguay, donde deja sentado su posición de manera clara (CIDH, Cepeda Vargas vs Colombia f. 47; Gelman vs Uruguay f. 99).

Destacando la importancia que tiene el hecho de considerar al delito de desaparición forzada como un crimen contra la humanidad como señala Philip Linghammar precisando que resulta de gran importancia en tanto que alcanza con ello el estado de *jus cogens*, la regla más fuerte en el derecho internacional. (2008, p. 14).

Es más, no sólo los citados instrumentos abogan por la consideración de este delito como un crimen de lesa humanidad; también se han pronunciado diversas organizaciones como la ONG FEDEFAM, la cual ha señalado que la desaparición forzada debe ser considerada simplemente como delito de lesa humanidad, sin que sea necesario contemplar el principio de ataque sistemático y generalizada, al igual que la Resolución AG/RES.66 (XII.0/83) la cual señala que la desaparición de personas debe ser considerada como crimen de lesa humanidad sin sumar condiciones para ello, conforme si lo hace la Resolución Nro. 828/1984 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa

Conforme lo señala Kai Ambos(2009, p 226), al referir que “para su comprensión como delito de lesa humanidad es necesario que los hechos se desarrollen en un contexto específico, al igual que lo menciona la CPI el *ataque generalizado y sistemático de una población civil*”, siendo conveniente según su criterio que se considerara en los tipo penales nacionales como elemento normativo del tipo objetivo, los elementos de contexto dado que si ello no se ha considerado no se podría juzgar más allá que un delito común.

Asimismo, aclara el hecho que el ataque generalizado y sistemático no está dado por la comisión en la privación de la libertad o la negación de la información sino en que la conducta en su contexto se enmarque en este ataque(ibídem p 227).

4. La tipificación de la desaparición forzada en el Perú

La desaparición forzada puede vulnerar la médula o como también se le conoce el “núcleo duro” de los derechos humanos, el cual se refiere al conglomerado de derechos humanos que son irrenunciables y por ende tampoco pueden ser restringidos; así, expresan una clase de derechos urgentes, tales como las libertades que condenan la esclavitud y promueven la autodeterminación, la libertad y la seguridad de los grupos étnicos con relación a los asesinatos masivos y prácticas genocidas (Raws, 1999, pp. 78-79), así mismo, los informes de la CVR(ibídem p59) señalan que estos núcleos duros de derechos subsisten incluso en regímenes de excepción y son protegidos por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, por ende, también por la Constitución, previstos en tratados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y en el Derecho Nacional. Su vulneración sistemática lo convierte en un delito internacional, que puede ser perseguido y castigado sin límite de fronteras. Es decir, la convierten en un *delito de lesa humanidad*

Analizando el panorama actual de la legislación Penal Peruana, respecto del delito de desaparición forzada, corresponde tener en cuenta que esta figura delictiva será construida e interpretada teniendo en cuenta la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados Internacionales de los que el Estado Peruano es parte y de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

Sin embargo, estas recomendaciones tienen condición de incriminación, por lo que no serán auto aplicativas *per se*, sino que requerirán de una norma interna de desarrollo, la cual deberá emitirse en consonancia con dichos instrumentos internacionales, por ello es que es factible realizar una crítica al artículo 320 del Código Penal mediante un análisis que tenga en cuenta aquellas normativas internacionales a las que el Perú está suscrito, pues se verá que la tipificación de este delito no se ha ceñido a los estándares de supuestos objetivos que contemplan los instrumentos señalados de los que este País es parte. No por nada es que en el Acuerdo Plenario 9-2009 CJ-116, para sostener la modificación del tipo penal, aborda previamente el sustento que contienen los tratados internacionales desde las emitidas por la ONU y la OEA. (ff.jj. 8 y 9)

Desde el plano universal, a partir de los grupos de trabajo sobre desapariciones forzadas e involuntarias de la Comisión de derechos Humanos de la ONU 29 de febrero de 1980, por la Asamblea General del 9 de diciembre de 1975 entre otras; así como por el Consejo Económico y Social (10 de mayo de 1979), y por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (5 de septiembre de 1979).

Así como en sede regional en la que la OEA ha emitido sendos pronunciamientos, del 31 de octubre de 1979, del 27 de noviembre de 1982 del 18 de noviembre de 1983; del 17 de noviembre de 1984; y del 4 de noviembre de 1987; así como diversos informes anuales desde 1978, 1980 consecutivamente hasta año 87.

Posteriormente con la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, emitida mediante Resolución Nro. 41/173, en la asamblea de la ONU, emitida el dieciocho de diciembre de 1992, el cual señala como supuestos a) el arresto, detención o traslado o privación de la libertad de un individuo en contra de su voluntad b) acción realizada por agentes gubernamentales, grupos organizados o particulares pero que lo realizan a instancias de aquellos, con su conocimiento o autorización c) negándose a revelar su ubicación, su destino, o negar el que se hayan encontrados privados de su libertad(ONU 1994).

Ya en el ámbito regional la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas, emitida en Brasil el nueve de junio de 1994 en Belem do Pará, definió la desaparición forzada teniendo en cuenta “a) la privación de la libertad por cualquier forma b) acción cometida por un funcionario (agente) del Estado o por terceros que lo realizan con conocimiento y a instancia y voluntad de aquellos c) negar información sobre el destino de la víctima, lo que impide que éste pueda acudir a la instancia correspondiente para ejercer sus derechos a través de recursos legales” (*Naciones Unidas 1994*).

Por otro lado, desde el plano universal también tenemos el pronunciamiento de la Corte Penal Internacional el que entró en vigencia el uno de julio del 2002 precisa en el Artículo 7. 1 rubro de los delitos de lesa humanidad cuando precisa en torno al delito en comento a) como la detención el secuestro o la aprehensión de personas por un Estado, organización política o *“con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”* (ONU 1998).

Finalmente tenemos la Convención Internacional para la Protección de todas las personas de desapariciones forzadas, aceptada por la Asamblea General de la ONU (20 de diciembre del 2006) que señala : *“A los efectos de la*

presente Convención, se entenderá por desaparición forzada' el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sea obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley" (ONU 2006)

Con lo que se precisa que la Desaparición Forzada será distinguida del delito de secuestro, dado que, si bien ambas suponen privación de la libertad, solo una de ellas se produce luego de su desaparición la negativa a dar informe de su destino. Así como también el hecho que este Delito presupone la vulneración simultánea de otros bienes jurídicos.

Sin obviar que esta práctica nefasta viene a ser también una forma de tortura, tanto para la víctima directa como para los familiares quienes viven cada día con la angustia y el dolor de esperar conocer su paradero

Analizando estrictamente la situación del Estado Peruano, como se ha señalado las desapariciones forzadas ocurren en el contexto de violencia que atravesaba, desde 1980 y ante el avance progresivo para el segundo periodo de esta escalada terrorista, y a mérito de los Grupos de Trabajo se emitieron dos proyectos legislativos resaltantes, en la lucha contra este flagelo; uno de ellos el proyecto legislativo dado por el diputado Javier Valle Riestra en 1984, el cual preciso como elementos necesarios para su perpetración a) la aprehensión del desaparecido y b) la negación de su paradero. Así como también abordó el tema de la eximente de responsabilidad si la víctima desaparecida era ubicada viva o sin señales de afectación en su integridad y el atenuante si proporcionaban información decisiva sobre su paradero. Considero la imposibilidad de considerar causas de justificación a la obediencia debida. Resaltando el hecho de considerar el carácter de delito de lesa humanidad y la necesidad de ser ventilado en fuero común.

El otro, presentado el mismo año, por el diputado Javier Diez Canseco, Proyecto Nro. 1771 el cual precisó como sus elementos a) la detención arbitraria y b) la negación de la información. Abordando el tema de la imprescriptibilidad de la acción penal, en este delito y la necesidad de ventilar este tipo de delitos en el fuero común.

Fue recién con la reforma del Código Penal en 1991 que se contempló la figura delictiva de la Desaparición Forzada, en el Capítulo II de los delitos de Terrorismo, desde la perspectiva de los bienes jurídicos protegidos a través de este dispositivo (vida, libertad, integridad personal, y personalidad jurídica), la ubicación sistemática del tipo penal resultaba a todas luces equívoca, a pesar de indicar el legislador que con el artículo se protege toda conducta que atente contra los derechos humanos. (Exposición de motivos del Código Penal de 1991, promulgado por Decreto Legislativo N° 635, Lima 1991. Pág. 13). Empero su ubicación permitía entender que se estaba comprendiendo al agente estatal, esto es al funcionario público como el sujeto agente del delito, en tanto y en cuanto la desaparición forzada como practica de terror, es realizada por personas o grupos organizados de naturaleza estatal, que tienen como misión el control interno de una organización Estatal (Azabache 199 p. 40).

No fue sino con el golpe de Estado del 5 de abril de 1992, y el quebrantamiento del orden constitucional que el presidente Alberto Fujimori, endureció la legislación antiterrorista con la dación del DI 25475, 25499 y 25744. Siendo que con Decreto Ley 25475, derogó los artículos del Código Penal referidos al delito de Terrorismo, siendo que este incluía el delito de Desaparición forzada, pero el 2 de julio del mismo año emitió el Decreto Ley 25592, se penalizo este delito como había sido considerado en el artículo 323 del Código Penal, con el supuesto de hecho de que la desaparición será debidamente comprobada.

Posteriormente mediante la Ley N° 26926 del 21 de febrero de 1998, el delito de desaparición forzada fue agrupada conjuntamente con los delitos de genocidio y tortura en el título “Delitos contra los Derechos Humanos”, dada su naturaleza de afectar los derechos humanos, y tener entidad en cuanto a bien jurídico tutelado: los derechos humanos, destaca su unificación bajo este título por la importancia de los derechos y bienes jurídicos afectados, a lo que se agrega que la ley con buen criterio considero que serán tratados estos delitos en la vía ordinaria teniendo y no podrán ser considerados delitos de función.

Finalmente, mediante el Decreto Legislativo 1351 del 7 de enero de 2017 realiza importantes modificaciones al artículo 320 del código penal, ellas están enmarcadas en las recomendaciones que se habían realizado al estado peruano, pero es menester aclarar que esta modificación todavía no ha logrado satisfacer algunos de los instrumentos internacionales, ello lo veremos a lo largo de la presente tesis.

5. Presentación de la norma

El código penal peruano (DL 635) tipificó dentro del artículo 320 el delito de desaparición forzada de personas, aquella ocasión usó la siguiente técnica normativa:

Artículo 320.- El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tenga por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación, conforme al Artículo 36 incisos 1) y 2)

Esta regulación, dada por el legislador de 1991, tuvo serias críticas, pues se planteaban serias dudas con respecto a tres aspectos fundamentales, estos son: a) El sujeto activo, ya que se consideró a este delito uno de carácter

especial, pues solamente los funcionarios o servidores públicos podrían cometerlo, situación que no estaba acorde con la forma en la que el delito se había desarrollado y manifestado en sus nuevas modalidades; b) Negativa de reconocer la detención y revelar la suerte o el paradero de la persona detenida, que eran elementos que en tratados y normativa internacional (véase supra) se calificó como elemento indispensable para reconocer a un hecho como DF y c) El elemento “debida comprobación”, que en nuestra legislación tenía dificultades interpretativas, pues en ella no se tenía claro si esta era una exigencia que debía darse de manera previa a la denuncia de DF situación que hacía que el delito niegue su naturaleza misma (CIDH Caso: Gómez Palomino, 2005, ff.jj. 99-110)

En la actualidad, se ha producido una modificatoria del Artículo 320 del Código Penal, mediante D.L. Nro. 1351 del siete de enero del 2017, el cual establece en su nuevo texto:

El funcionario o servidor público, o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que de cualquier forma priva a otro de su libertad y se haya negado a reconocer dicha privación de libertad o dar información cierta sobre el destino o el paradero de la víctima, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de treinta años e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1) y 2).

Asimismo ha añadido agravantes en cuanto a la víctima si esta es menor de dieciocho años o mayor de sesenta años de edad, así como si padece de cualquier discapacidad o se encuentra en estado de gestación.

Cuando refiere “La pena privativa de libertad es no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años, e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1) y 2), cuando la víctima:

- a. Tiene menos de dieciocho años o es mayor de sesenta años de edad.*
- b. Padece de cualquier tipo de discapacidad.*
- c. Se encuentra en estado de gestación”*

De esta manera lo que más resalta de esta modificación es con respecto al sujeto activo, pues tras la modificación última realizada por el legislador, este delito deja de ser uno de carácter especial y pasa a tener contenido general. Así mismo, se ha quitado la referencia a la “debida comprobación” que otorgaba muchas falencias interpretativas. También, se ha agregado el elemento negativo de reconocimiento de la privación de libertad. Finalmente se ha agregado un tipo agravado por la calidad de los sujetos pasivos.

6. Bien jurídico protegido

Hemos afirmado que para los documentos normativos internacionales el delito de desaparición forzada está destinada a proteger los derechos humanos, también hemos aclarado que estos documentos necesitan de una normativa interna que se vea materializada (*supra*, cap. IV n° 4). Es en ese sentido que la desaparición forzada como delito necesita ser analizada desde la dogmática jurídico penal, pues es el saber encargado de su estudio; si bien para el Derecho Internacional mediante la sanción a este tipo de conducta se busca proteger los derechos humanos, en el Derecho Penal se buscará —antes bien— la protección de un bien jurídico, ello implica la necesidad de amparar lo que el ser humano ha valorado como bienes en peligro, motivado históricamente por la necesidad de una regulación legal; razón por la cual surgen normas de toda clase destinadas a proteger valores y bienes, desde la óptica de reconocerlos como fundamentales, esenciales para el libre desarrollo de la vida humana,. En ese orden de ideas la labor legislativa resulta de vital importancia, dado que en virtud de la acción del legislador se crean, se modifican se perfeccionan, se actualizan se emiten

nuevas normas destinadas a garantizar los bienes jurídicos existentes en todas las ramas del derecho.

La clara vulneración de normas básicas de convivencia, como consecuencia de la ignorancia de ellas por parte de la persona, así como otros factores, devienen en unidad y al mismo tiempo en colisión con el derecho, e allí la necesidad de normas claras y de público conocimiento para su cumplimiento, es decir la necesidad de una difusión a tiempo de las mismas con la finalidad de que se conozcan y se respeten, esto en concordancia con las directrices del derecho penal, como el principio de legalidad.

Sin embargo se aprecia que la emisión de normas por parte del legislador, adolece no sólo de cantidad, sino también de complejidad que muchas veces resulta ininteligible su interpretación, no sólo para el hombre medio, sino también para los operadores del derecho, tal es el caso del Juez quien tiene la tarea de desarrollar doctrina con la hermenéutica y aplicación de la norma dada, sin embargo, los legisladores olvidan que la necesidad de la norma es que esta no sea compleja, sino clara, sencilla, nítida para hacer de ella una herramienta que cumpla la finalidad de protección de los bienes de la persona humana como de la sociedad en su conjunto necesitados de protección. Así Schopenhauer manifestaba que son indispensables la protección los bienes jurídicos que tutela el derecho penal, esta es la razón de la justificación de la intervención del Derecho penal. Desde esta orientación se aprecia que, los bienes jurídicos son las expresiones de las necesidades apremiantes y básicas de la persona humana y los procesos de relación social, de instituciones, sistemas y de su participación (1991, p. 238).

Así mismo es de señalar la importancia que tiene el Derecho Penal como un medio de control social (Villavicencio Terreros; 2006, pp. 7-8) , pues este control social se orienta en función al sistema normativo, dado que éste le esquematiza pautas de conducta al ser humano, al imponerle mandatos y prohibiciones; no obstante, esto no es su límite ni se agota con la creación

de “deberes jurídicos”, no puede pensarse que la norma tiene como única finalidad la creación de deberes y obligaciones, si bien debe previamente ordenarse a la defensa de un bien o interés preciado, debe considerarse en ese orden de ideas que no resumimos la norma como deberes y obligaciones, sino como la posibilidad de articular dicha protección. De lo que se trata es como última finalidad hacer viable la convivencia y la paz social, no es sancionar por sancionar o de prohibir por prohibir (Antonio García Pablos de Molina; 2000, p. 88). Es esa la dirección de la doctrina imperante, (la naturaleza “instrumental” del Derecho penal al servicio de la convivencia humana) reconocer el contenido esencial del Derecho penal cual es, la protección de los valores fundamentales del orden social; esto es, la salvaguarda de “bienes jurídicos” (*ídem.*).

El Derecho Penal, desde una conceptualización netamente objetiva, es concebido como un conjunto de normas que posee un antecedente y consecuente jurídico, al antecedente le hemos llamado delito (los cuales son designados por el legislador como tales) y al consecuente, que puede tener doble naturaleza, esto es: puede ser una pena o medida de seguridad, según se aprecie en la facticidad de los hechos. Para ello, el Derecho Penal se apoya en el saber dogmático penal, ya que mediante él, se trata de dotar de sistematicidad y crítica a las interpretaciones que se pueda hacer de la normas; así mismo, este método implica la racionalidad como elemento base de elaboración teórica ya que la imposición de penas y medidas de seguridad exigen una relación exigente entre norma y saber racional. A diferencia de otras ramas del Derecho, en materia de Derecho Penal, lo fundamental es la pena y la medida de seguridad, así como la gravedad del injusto material que se encuentra considerado dentro de la norma primaria. De esta manera, la posición del Derecho Penal es privilegiada, en el sentido de que su actuación solamente depende de los ataques más dañinos a los bienes jurídicos avalados por las normas penales, pues el aparato estatal, la institución de la pena y medida de seguridad no podrán activarse ante ataques de bagatela.

Teniendo como finalidad comprender la conducta de la persona mediante disposiciones generales de índole penal, se hace necesario determinar, como primer tramo, cuáles son los comportamientos reprimibles, así el Derecho penal delimita el objeto de protección y así evitar su realización a esto también se le conoce como criminalización primaria (Villavicencio Terreros; 2006, pp. 10-11)

El derecho penal al ser un medio de control social jurídico altamente formalizado y teniendo a la sanción penal como medio de castigo, caracterizándose esta por su contundencia frente a otros medios de organización social u otro tipo de sanciones jurídicas, es, en buena medida, la carta de presentación del Derecho penal, así como su factor diferenciador esencial frente a otras instancias de control. Este derecho penal formalizado de un estado de derecho y social se somete a la protección de la ciudadanía es por ello que existen principios que contienen su poder punitivo de los cuales esbozaremos los que son de menester con el tema.

De tal manera, es un logro importante que el Derecho Penal circunscriba su competencia cuando se hace necesaria la represión penal, los actos que lesionen o pongan en peligro bienes que sean fundamentales para la vida social. Al respecto anota Berdugo Gómez de la Torre (1994, p. 46), que “en el momento actual la doctrina penal de modo unánime subraya la necesidad de que detrás de cada figura delictiva esté presente un bien jurídico, y que, en consecuencia, el delito en este sentido consiste en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico” (principio de protección del bien jurídico consagrado en el artículo IV del Título Preliminar de nuestro Código Penal). Con ello se legitima el contenido del Derecho Penal, apartándolo de razones solamente subjetivas o éticas.

También afirma Hurtado Pozo, citando a Jescheck (1987, p. 37), precisa que toda norma jurídico penal, tiene que basarse sobre un juicio de valor positivo con relación a dichos bienes valiosos. Esta definición surgió en contra de la usual teoría que consideraba a la vulneración como una ofensa contra los

derechos subjetivos de la persona que se sustentaba en la teoría del contrato social puesto que antes de conocer el concepto del bien jurídico se tenía que el derecho penal protegía otra clase de ámbitos y ello se debía a una situación comprensible por el momento contextual en el que se formularon, por ejemplo, para Feuerbach la función de protección del derecho penal estaba dirigido hacia los derechos naturales, los derechos originarios del hombre y del ciudadano; pero tal postura obligaba a probar en cada precepto penal la existencia de un derecho subjetivo particular o del Estado. (1832) Es entonces que Feuerbach no desarrolla un concepto concreto de bien jurídico, sino que para él lo que se lesiona realmente es el derecho subjetivo de cada individuo o del Estado.

El postulado de que el bien jurídico es lo que pretende proteger el Derecho Penal, fue inicialmente desarrollada por Birnbaum – este autor es quien concreta el término bien jurídico descartando el planteamiento de los derechos subjetivos. según este autor un derecho subjetivo no se puede lesionar o poner en peligro sino solamente un bien puede ser capaz de ello-, dirigido a trasponer al derecho subjetivo como la piedra fundamental del concepto de delito para dejar en segundo plano la pretensión de crear un contorno externo para el legislador cuando deba determinar lo que es el delito. (Urquiza Olachea, 1995 pp. 814-815), partiendo del hecho de considerar como la base para la elaboración del concepto del delito, es decir que condicione esta decisión en el marco de un Estado liberal, el cual percibe a este como el instrumento que el individuo crea (Berdugo Gómez de la Torre, 1994, p.47). Postura que fue desarrollada por Birnbaum, e introducida por Binding en la sistemática del Derecho penal y ungida por Franz Von Liszt en tema central del mismo.

Al respecto cabe señalar que en cuanto al bien jurídico Von Liszt lo aborda desde el punto de vista socio-jurídico la cual ha sido aceptada por la doctrina mayoritaria, quienes se han vinculado a sus pretensiones, como la mejor precisión del concepto. Así, este jurista sostiene que el bien jurídico no es una invención del legislador, antes bien, es un reconocimiento a entes que

encuentran existencia con anterioridad a la creación del derecho positivo, de esta manera sostiene que el derecho penal lo que hace es brindarle protección —por ejemplo— a la vida, pero ella ya existe con anterioridad a la creación de la norma penal. (Von Liszt, 1926, p. 7 y ss)

Existe congruencia por parte de aquellos en cuanto a la determinación material que debe de tener el bien jurídico, aunque de posiciones contradictorias en cuanto a la noción misma de este concepto. Al respecto Welzel señala que deben ser considerados como vitales en un grupo humano o en cuanto a individuo, en razón de la trascendencia social sean jurídicamente protegidos, pero ello lo refiere a los valores ético-sociales, que según este autor es lo a lo que debe apuntar la protección del derecho penal, pues considera que el Bien Jurídico como ente a proteger por el derecho penal es inadecuado, antes bien, según este autor, ha de enfocarse en la conducta de los sujetos por lo que cobrarían relevancia los valores ético sociales (Welzel, 1970, p. 11). En el mismo sentido Günter Stratenwert afirma que “es natural partir de la circunstancia de que los valores básicos del orden social que el Derecho penal debe proteger” (2005, p. 54) y que al derecho penal le corresponde proteger un “mínimo ético”, mientras que para Roxin, “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para los individuos y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”. De lo afirmado por este autor, se colige que los bienes jurídicos pueden venir predeterminados al legislador, es decir, que él sea quien les brinde de reconocimiento, más no de creación, ello debido a que se encuentran con circunstancias ya dadas y legitimadas por la sociedad ya que estos valores no son previos a la constitución pues en ella se ve materializado el carácter de importancia que poseen los Bienes Jurídicos como elementos de disposición garantizados por la constitución, de esta manera, y al tenor de lo afirmado por Roxin, se tiene las siguientes conclusiones: El concepto del bien jurídico no puede encajar en las arbitrariedades del legislador, ni en finalidades puramente ideológicas ni en meras inmoralidades. Por ello los denomina “condiciones valiosas”, por ser donde se concretizan los “presupuestos imprescindibles para la existencia

común”. (Roxin, Claus, 2006, p. 56). En tanto que Rudolphi plantea una posición distinta al señalar que no se considera su aspecto esencial, desde esta postura en tanto que no cuenta con una naturaleza dinámica de la sociedad, plantea por ello “unidades de función” por el cual este se encuentra en “función de la sociedad” y no de cualquier interés.

No obstante los esfuerzos realizados la idea del bien jurídico parece oscura y todavía no se tiene un concepto único de tal, siendo que, a pesar de lo vertido, la discusión se mantiene, sin embargo, si analizamos el bien jurídico en todo su contexto advertimos que este resulta ser un mecanismo eficaz para la limitación del *ius puniendi* estatal. Ya que la práctica de criminalización de conductas que dañan bienes jurídicos reside en lo que podría denominarse “criminalización primaria” que es un acto en el que interviene netamente el legislador y presupone su conocimiento pormenorizado de las conductas sociales que dañan ferozmente a los ciudadanos que representa, esto implica un acto de poder (ahí reside la razón por la que algunos teóricos prefieren llamarlo *poder puniendi*) antes que un derecho propio que tiene el estado para sancionar conductas. De esta forma el concepto de Bien Jurídico es relevante en la medida que se fija este como elemento central de la criminalización de conductas y es que el legislador solamente podrá criminalizarlas teniendo como eje central su daño o puesta en peligro, dejando de lato toda consideración sobre los valores internos de los tales como calores de justicia, moralidad, entre otros

Al advertir una aparente imposibilidad de la determinación de los criterios objetivos útiles para creación de este juicio valorativo, los doctrinarios rescatan los valores reconocidos en las Constituciones; sin embargo, esta regla no es confiable del todo, dado que no todos los bienes contenidos en la Constitución o considerados constitucionalmente tienen la exigencia de ser penalmente protegidos.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que nuestra constitución, efectivamente puede significar el punto de apoyo a partir del cual se

desarrolla tanto la base como el marco legislativo en materia penal, y esto resulta entendible en tanto que debe existir un marco limitador de quien detenta el poder a fin de que no se conduzca arbitrariamente en la determinación de los bienes que deben ser penalmente protegidos y cuales los comportamientos susceptibles de sanción. “Una noción desde el punto de vista material del bien jurídico, completo de contenido sería en cierta medida capaz de permitir una crítica de la actividad legislativa penal. Los bienes jurídicos se consideran como tal, más allá que el legislador los considere acreedor de protección jurídica, sobre todo porque son presupuestos indispensables para la vida en común; por ejemplo, la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, etc. Se trata en realidad de aquellas condiciones fundamentales que para Hart constituyen el *mínimum de derecho natural* que es necesario reconocer”. (Berdugo Gómez de la Torre, 1994, p. 46 y ss).

Por lo dicho, el Derecho penal no interviene en toda perturbación de la vida en común, sino que se circunscribe a proteger valores fundamentales del orden social, que se ven plasmados en los bienes jurídicos de mayor relevancia. Tal como lo precisa Polaino Navarrete, cuando señala que “el derecho penal, cumple una función de protección de bienes jurídicos, los cuales comprenden en sí bienes y valores, que son consustanciales al desarrollo de una vida en común, por lo que resultan necesarios para el desarrollo de la vida social”. De allí partimos que se trata de una función de garantía que involucra al mismo tiempo una función de prevención de nuevos delitos a futuro, por ser comportamientos delictivos que inciden sobre los objetos jurídicos de tutela penal. La función tutelar es al mismo tiempo una función de garantía que en cuanto a tal a su vez comprende una función de prevención de futuros delitos dado que las conductas delictivas tienen influencia sobre los objetos jurídicos de tutela penal. Donde la protección es el medio y la prevención es el fin, por lo cual se consolidan como un binomio vinculado. Así el derecho penal lo que busca es la protección del bien jurídico que conlleva en última instancia la prevención la cual es el objetivo final. Desde este panorama, el bien jurídico, como objeto de protección

típica, se convierte en un concepto fundamental del Derecho penal, inherente a su propia existencia (2005, pp. 95-96).

Por su parte, Günther Jakobs, plantea un punto de vista crítico del Derecho penal partiendo de la teoría de los sistemas sociales, sus cuestionamientos respecto de la teoría del bien jurídico giran en torno a dos: en que “el bien puede concebir el bien en relación con su titular, pero no demorar la necesidad de asegurar el bien también jurídico-penalmente” y que “ni siquiera los bienes que ha de reconocer el Derecho penal disfrutan de protección absoluta” (1997, p. 55-56) señalando que no tiene sustento la afirmación de que el Derecho penal protege al bien jurídico, pero por ello, este autor no niega rotundamente la existencia de bienes jurídicos (similar a su maestro Welzel, quién, aseveraba que al tener como fin la defensa de los Bienes Jurídicos el Derecho Penal siempre arribaba “demasiado tarde”). Agrega que la pena no logra el fin de una reparación del bien vulnerado, sino que únicamente va a corroborar la equivalencia normativa de la sociedad, esta es la razón por la cual el derecho no reacciona ante un hecho en cuanto lesión del bien, sino que reacciona ante la vulneración de norma (Ibidem, p. 9) . Esta vulneración de la norma es un suceso excepcional entre los seres humanos entendido como un proceso de comunicación de expresión de sentido entre personas.

Tal como lo señala Polaino Navarrete, señalando lo vertido por Jakobs, “en la confirmación de la vigencia de la norma: se trata, pues, de una función de garantía de la estructura o identidad normativa de la sociedad.” (2005, p. 100). Sobre la base de la dialéctica hegeliana, Jakobs señala que el delito “es la afirmación que contradice la norma” y la pena “como respuesta que confirma la norma”, de manera que “la prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal, por tanto, confirma la identidad social”, es decir, “restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma”. Ejemplo: “el autor de un homicidio expresa a través de su hecho que no hay que respetar la norma

contra el homicidio; con la pena, sin embargo, se declara que esa expresión carece de relevancia, que la norma sigue vigente” (ídem p.100).

Sin embargo, las valoraciones que se encuentran detrás de las leyes penales no están referidas estrictamente a bienes jurídicos hacia los cuales se ha de dirigir la protección, sino que la ley penal también se refiere a las acciones mismas que desencadenan el perjuicio al Bien Jurídico, es decir, también en ella se mantiene la valoración de las conductas dañinas propiamente dichas. Es por ello que la doctrina penal al pronunciarse en estos extremos determina que el Derecho penal, no sólo tiene como misión la protección del bien jurídico, sino que también tiene como fin la protección de los valores ético-sociales de la acción; razón por la cual el delito está integrado por dos momentos del delito, esto es: la acción propiamente dicha y su desvaloración, así como el resultado y su desvaloración propiamente dicha. Estos dos momentos del delito implican por un lado el daño del bien jurídico y por otro la consideración de los valores ético-sociales en el sujeto infractor de la ley penal. De este modo se puede colegir que el realidad se deba defender a los bienes jurídicos de las acciones humanas, tal como lo señala Jescheck: “[...] no protegen a los bienes jurídicos sencillamente en su existencia, sino únicamente frente a acciones humanas” (2014, p. 11), con ello queda evidente que lo que se busca es la abstención de lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos protegidos.

Actualmente las teorías respecto al bien jurídico están orientadas al ámbito de la Política Criminal, lo cual como lógica consecuencia incluye la sectorización de la doctrina, ya que la constitución, para cierto sector doctrinario, se erige como el ente que formaliza los Bienes Jurídicos, pero en cambio resulta necesario partir desde un planteamiento sociológico, en ese sentido tomamos en cuenta lo sostenido por Gonzales Rus (1983, p. 249 y ss), quien propugna las siguientes teorías.

1. TEORÍA CONSTITUCIONAL AMPLIA. Toma en cuenta como límite a la Constitución, considerándolo el marco de referencia para delimitar al bien

jurídico y criminalizar las conductas que lesiones a este bien sin exigir una obligatoria correspondencia entre ambas, es decir no exige una correlación estricta entre bien jurídico y valor constitucional, empero lo toma en cuenta como el más óptimo de los criterios. Con ello no puede recurrirse al derecho natural, sino únicamente al contenido de la Constitución, la cual se toman como prescripciones jurídicas previas a la legislación penal.

2. TEORÍA CONSTITUCIONAL Estricta. La consideración de limitar al bien jurídico con la Constitución asume un papel estricto, los valores y principios constitucionales son vinculantes al bien jurídico que se mantiene dentro de los márgenes de sus prescripciones jurídicas, en ese sentido la Constitución se convierte en el modelo obligado para el catálogo de valores que enarbola un sistema a plasmarse en sus bienes jurídicos del cual no se puede salir como modelo inmodificable.

3. TEORÍA LIBERAL. Tiene especial consideración la lesión al bien jurídico, al que considera una lesión personal, centra su atención principal en el daño social, por el cual todo debe de girar en torno a mantener este sistema social, en ese orden de ideas toma prevalencia la realidad la cual es antecedente y de la que se obtiene los objetos de protección punitiva, es decir no obtiene de esta realidad que se debe mejorar.

4. TEORÍA FUNCIONALISTA. Sostenida por Jakobs quien afirma la vigencia de la norma jurídica desde ese punto de vista considera que el bien jurídico es la "firmeza de las normativas esenciales frente a la decepción" señala que el bien jurídico debe entenderse "como sentido y finalidad de las proposiciones jurídicas singulares, con ello el autor sostiene que toda conformación de bienes debe estar acorde a la funcionalidad o disfuncionalidad del comportamiento, sostiene que la vulneración de una norma debe valorarse desde la turbación que puede generar a la norma, más allá que la lesión que puede generar.

5. TEORÍA INTERACCIONISTA. Se toma como punto de partida el hecho de que la regulación penal forma parte de la interacción social, y por ello su finalidad se expresara en los roles de comunicación en ese sistema social. El derecho penal se entiende como parte de esa interacción y desde esa óptica castiga comportamientos que causan controversia en las técnicas de comunicación, que resulta fundamental para el modelo de interacción.

Ahora bien, luego de haber analizado qué es de lo que se habla a la hora de referirse al bien jurídico, toca analizar qué, cual o cuales son los objetos de protección que posee el del delito de desaparición forzada, así, sobre este punto se ha dicho que plantea serias dudas en torno a la definición de su bien jurídico por cuanto son diversos los intereses que directamente se ven afectados, así, además de la libertad ambulatoria, puede resultar lesionada su propia vida, su salud o su dignidad (Bramont Arias y García Cantizano, 2006, p. 645). Incluso no han faltado quienes, desde un punto de vista social, analizan éstas conductas bajo la perspectiva de la seguridad ciudadana o del respeto a la persona humana, en sí misma considerada (Marín 2008, p. 306).

Pero pese a ello, podemos afirmar que la característica fundamental que posee el delito de Desaparición Forzada es su pluriofensividad que implica la afectación de varios bienes jurídicos mediante las conductas calificadas por el legislador como desaparición forzada, de esta manera el bien jurídico integridad física, el bien jurídico libertad personal, pero sobre todo el bien jurídico vida, los cuales no son más que algunos de los bienes jurídicos vulnerados y de ello toma posición la CIDH, en las diferentes sentencias emitidas por este delito, considerando, además que mediante este delito se afecta el sufrimiento de quienes esperan las noticias, la información del desaparecido, y el derecho a la verdad. (Kai Ambos, 2009, 238).

Así mismo, el Acuerdo Plenario 9-2009/CJ-116 publicado el 13 de noviembre de 2009, realizando un análisis a la anterior regulación del delito de Desaparición forzada y basándose en doctrina nacional como extranjera

afirma que este delito es pluriofensivo ya que el “bien jurídico común está referido a las garantías institucionales para el ejercicio de los derechos fundamentales frente al ejercicio abusivo del poder público- se ha de residenciar en sentido estricto, en tanto la finalidad del delito es abstraer al individuo del ámbito de protección de la ley , en la protección de la personalidad jurídica -no sólo en la dimensión jurídico procesal de protección al ser humano sino se niega al ser humano en su calidad de tal, como centro integral de derechos y obligaciones en el derecho a la administración de justicia y al esclarecimiento de los hechos, en sus tres niveles, a saber: individual, familiar y social Esta figura, por ende, protege un doble interés individual y público al exigir el cumplimiento del deber de información sobre la privación de la libertad”. (fj 13)

Por otro lado, tal como lo afirmábamos *supra*, la protección internacional entiende que en el delito de desaparición forzada se vulneran una serie de derechos, ello es así debido a que el ámbito internacional está configurado de diversa manera a como lo está en el Derecho penal interno, así por ejemplo la CIDH en diversas sentencias que ha emitido deja sentado que se trata de un delito pluriofensivo, es decir una violación múltiple y continuada de derechos fundamentales y convencionales, delitos de lesión, de la libertad personal y de peligro a la integridad personal, a la seguridad y a la vida, tal es el caso Blake vs Guatemala, en la sentencia del 24 de enero de 1998, por el cual señala *“la Corte a dicho en otros casos de desaparición forzada de personas que ésta constituye una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la Convención”* (fj. 65) así como el caso Osorio Rivera y Familiares Vs Perú del 26 de noviembre de 2013 en el cual insiste que *“el análisis legal de la desaparición forzada es consecuente con la compleja violación a derechos humanos que ésta conlleva con su carácter continuado o permanente y con la necesidad de considerar el contexto en que ocurrieron los hechos”* (fj. 116), el caso Radilla Pacheco Vs México del 23 de noviembre de 2009, el cual precisa *“la desaparición del señor Radilla...es...contraria al derecho a la libertad personal,...en un patrón de detenciones y desapariciones forzadas masivas”* (fj. 152). El caso la Cantuta Vs Peru del 29 de noviembre de 2006 donde se afirma que *“las presuntas*

víctimas fueron colocadas en una situación de vulnerabilidad y desprotección que afectaba su integridad física psíquica y moral” (fj 113) caso Castillo Paez Vs Perú del 3 de noviembre de 1997 “estableciendo en este y un sinnúmero de sentencias que la desaparición de personas se violan varios derechos establecidos en la Convención” (fj. 72).

Ahora bien, Kai Ambos afirma que se dan tres aspectos a tener en consideración en cuanto a la pluriofensividad del bien jurídico en la Desaparición Forzada, el primer aspecto que comprende el plano individual y familiar. Este plano familiar tiene que ver con el aspecto físico –psíquico del desaparecido, el cual se traduce en lesiones, afectación propia de la libertad, agresión en cualquier forma e incluso la afectación a la vida con la eliminación del sujeto, el segundo aspecto que se tendrá en cuenta es el ámbito de la seguridad, la cual comprende todo aspecto de ella desde la seguridad jurídica, hasta el derecho conculcado al desaparecido que impide el legítimo ejercicio de todo recurso y acción a su favor en salvaguarda de sus intereses. En el plano familiar comprende el derecho de sus parientes o toda persona con vínculo e interés sobre el desaparecido que espera conocer el paradero del mismo, que espera actuar en el plano legal para la defensa de los derechos del detenido, necesita conocer el destino que ha tenido la víctima la suerte que corrió, su vida, o sus restos mortales. El segundo aspecto se orienta al sujeto pasivo como tal, es decir independientemente que este sea una persona como la víctima o englobe al mismo tiempo a sus familiares. El tercer aspecto está referido al perjuicio que sufre la colectividad en general, el impacto de este delito en la sociedad, en todos y cada uno de quienes la conforman, y el deterioro institucional que genera la obstrucción de las herramientas que tiene la administración de justicia, al perseguir el esclarecimiento de los hechos una reconstrucción de la verdad histórico – social. (Kia Ambos, 2009, 245)

Al efecto, no puede dejar de tenerse en cuenta que la inclusión de este tipo de delito dentro de los delitos contra la humanidad, le otorga la característica de proteger algo más que la libertad, sino que lo que se reprocha es la

utilización del poder del Estado para procurar la desaparición de los adversarios o presuntos autores de algún delito. Conculcado el bien jurídico libertad física, integridad personal y privación de un debido proceso al apartar al desaparecido de la protección legal. Este delito pluriofensivo que afecta varios derechos humanos, además de los ya señalados, comprende a su vez la presunción de inocencia, la libertad ambulatoria, lo cual contiene a su vez su integridad personal y el derecho a la vida.

La doctrina habla de la “determinación de la personalidad jurídica” del ciudadano como bien jurídico protegido en el delito de desaparición forzada, entendiendo esta última como efectividad en el ejercicio de los derechos y obligaciones reconocidos a la persona, en cuanto su titular. Todo ello, justificado sobre la necesidad de garantizar de manera efectiva el libre desarrollo de la personalidad y la verdadera participación del ser humano en el ámbito de su comunidad (Mazuelos Coello 1995, p. 147).

Bajo estas líneas se tiene que interpretar que debido a la incorporación del delito de desaparición forzada en nuestro Código Penal, como un delito contra la humanidad, se tiene que entender como bien jurídico protegido en este delito, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano, en la medida que el contenido de la antijuridicidad del tipo de injusto no se limita aquí a una mera privación de la libertad del sujeto; ya que ésta se ve superada por la desaparición de la víctima y por la anulación total de cualquier rastro de su existencia jurídica” (Delgado Neyra 2016, p.136). En consecuencia, es el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de cualquier componente del conglomerado social lo que se protege.

Al respecto la Corte IDH, también se ha pronunciado en las sentencias emitidas sobre DF, precisando que se conculcan diversos derechos como el Derecho a la libertad personal, el derecho a la integridad personales caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras sentencia del 29 de julio de 1988, hecho relacionado al ciudadano Manfredo Velásquez estudiante de la U.N Autónoma de Honduras. En SET/1981 en Tegucigalpa, fue secuestrado torturado y desaparecido por personas vinculadas con las

Fuerzas Armadas o bajo su dirección, el derecho a la vida, el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica en el caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú en sentencia del 26 de noviembre del 2013 en el que Jeremias Osorio Rivera detenido en Cajatambo-Lima en abril de 1991 fue aprehendido por una patrulla militar y posteriormente trasladado a un centro de detención y aunque fue supuestamente liberado tras determinarse que no era terrorista, los familiares nunca volvieron a verlo, llevándose el proceso inicialmente en el fuero militar; el derecho a la integridad personal de niños y niñas en el caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia del 24 de febrero del 2011, ocurrido durante la vigencia de la denominada Operación Cóndor, en el que se encontraban inmersos Chile, Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Brasil de los hechos ocurridos en agosto de 1976, por la cual fuerzas combinadas de Argentina y Uruguay, detienen a Marcelo Gelman y su esposa Claudia Garcia los torturan, ejecutan y desaparecen, así como sustraen y regalan a la bebe que dio a luz para entregarla a la familia Tauriño, atrocidad que quedó al descubierto con las pruebas de ADN a las que fueron sometidos, décadas después y gracias al activismo de las *madres de la plaza de Mayo*.

Como también los derechos de los familiares; el derecho de acceder a la Justicia plasmado en el caso Blake Vs. Guatemala, sentencia de marzo de 1985, en el que el ciudadano Nicholas Blake, periodista, y Griffith Davis, fotógrafo de USA, en la ciudad de Huehuetenango fueron detenidos por la Patrulla de Autodefensa Civil de El Llano luego asesinados, desaparecidos y descubierto sus restos en 1992, y la CIDH responsabilizó al Estado por la ineficacia en la investigación y sanción de los responsables; el derecho a la integridad personal de los familiares Caso Blake Vs. Guatemala. Sentencia en la sentencia del 24 de enero de 1998; el derecho a un recurso judicial efectivo plasmado en el caso Castillo Páez Vs. Perú. S. 3/NOV1997, sentencia del 21 de octubre de 1990 por la que el ciudadano Rafael Castillo Páez, estudiante universitario, fue detenido por agentes de la Policía en Villa El Salvador, Lima, golpeado y desaparecido, no obstante su búsqueda no se sancionó a todos los responsables, el derecho a la verdad Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Sentencia del 22 de noviembre del 2005, por hechos de julio de 1992 por la cual un grupo de personas vestidos de militares

ingresaron al domicilio de Maria Chipana y aprehendieron a Santiago Gómez Palomino, asesinado y desaparecido su cuerpo fue encontrado el 2012, no se investigó y sancionó. Así como el derecho de la Sociedad de conocer los hechos.

7. Tipo objetivo del injusto.

7.1. Sujeto activo.

Desde la óptica de la Jurisprudencia de la CIDH, según señala Modolell Gonzales el sujeto activo será el funcionario público, entendiendo este en sentido amplia, que abarca también al funcionario, por lo cual se trata de un agente estatal, considera en ese sentido que también abarca a los partícipes del hecho, a quienes identifica a las personas que realizan la acción con autorización apoyo o aquiescencia de aquellos. Desde esta óptica no podría considerarse a una organización sublevada contra el Estado, quien no podría ser sujeto activo de este delito, como lo serían los grupos guerrilleros que busquen destituir al gobierno de turno, lo cual no es coincidente con el contenido del Estatuto de Roma, el cual de manera amplia si lo considera al señalar “organización política”. (2009 p.190).

Tomando como punto de partida que la aprehensión de una persona realizada por el agente estatal, tiene como finalidad el menoscabar sus derechos, teniendo esta misma persona la obligación de informar, dar cuenta de la ubicación y destino de la víctima para permitirle el control de su detención, nos encontramos evidentemente ante un delito de infracción de deber, por el deber extra penal que tiene el sujeto activo con relación al aprehendido, en el entendido que serán quien tiene el deber de informar, más allá que sea la misma persona que ha privado de su libertad.

El análisis que realiza Modolell Gonzáles desde la Jurisprudencia de la CIDH, es también considerar como sujeto activo a personas que no tienen calidad de agente estatal, como lo sería un grupo paramilitar tolerado por el Estado o que realiza sus acciones como cómplice de aquel, que bien podría entenderse que al no tener la vinculación con un órgano del Estado su accionar no generaría la responsabilidad de este delito de Desaparición Forzada; sin embargo el hecho que sea para apoyo con aquiescencia o tolerancia del Estado hace que se genere una responsabilidad por este delito y con respecto de la persona detenida (2009, p. 190).

Si bien el delito de desaparición forzada corresponde a un tipo especial propio, y conforme a la doctrina imperante se sostiene que el agente sólo puede ser el funcionario o servidor público, es decir quien depende directamente del Estado, que en su accionar se haya verificado la privación de libertad con fines de desaparición de una persona, para luego a partir de ello negar o desconocer la privación de libertad a la que está siendo sometida la víctima o dar información cierta sobre el destino o el paradero de la víctima.

Lo que hace surgir como característica esencial del tipo de desaparición forzada, el abuso de la función pública realizada por los autores del delito. Aquí es, según indican Bramont-Arias Torres y García Cantizano, donde en algunos casos la norma podría ser interpretada erróneamente, dado que, al ser el sujeto activo el funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad se podría deducir que aquél actúa en el marco de su función; caso contrario, si la detención no fuera lícita, el funcionario estaría actuando como un particular, por lo que la posterior desaparición del detenido sería un hecho atípico, que no podría sancionarse de acuerdo al artículo 320 del CP; calificándose las detenciones ilegales como un mero secuestro (2006, p. 645).

Postura que también es asumida por Ivan Meini cuando señala que la DFP al tratarse de un delito especial propio se exige que el autor sea un funcionario o empleado público, pero no solamente este hecho, sino que dicho funcionario o servidor público sea capaz por razón del contexto de informar del destino de la víctima o de su situación jurídica, ello debido a tener cercanía o tener relación directa con los eventos que involucra la vulnerabilidad del bien jurídico. Pero en atención a la teoría de la unidad del título de imputación, cualquiera que no tenga la calidad puede ser considerado partícipe esto es cómplice “*estraneus*” (2009, p 121)

Por lo cual al analizar la tipificación penal actual del delito de DF en el Perú, se aprecia que se ha delimitado al autor del mismo al Funcionario o servidor Público, en tanto que al tratarse de un delito de infracción de deber este se fundamenta en la relación que tiene el autor con la relación institucional del bien jurídico al cual por su misma naturaleza tiene el deber de protección y cuidado de este bien que se le ha encomendado, por tanto cualquier otro partícipe en la comisión del delito de DF, responderán a título de extraneus; tal es el caso de los ronderos, los comités de autodefensa y las fuerzas combinadas quien cumplían en ese entonces la misión de cooperar con las autoridades en la eliminación de cualquier delito cumpliendo un rol importante de resistencia y de protección de las comunidades. Incluso a partir de la década de los 90 contaron con el apoyo del Ejército quienes proveyeron económica y logísticamente a la par que se le imponía al poblador su participación. Participación que en modo alguno se les atribuye tal calidad de autores, teniendo en cuenta que se trata de un delito especial propio, los antes mencionados responden en calidad de partícipes de este delito.

Sin embargo el estudio del presente trabajo se orienta sobre todo a desmitificar el hecho de considerar únicamente al funcionario o servidor público de la institución Estatal; para comprender a cualquier organización política, debidamente jerarquizada y con un dominio de un determinado territorio de la Nación que por dichas características de

estructura organizacional y jerarquía haya establecido un rol de mando, que sea trasgredido por algunos de sus agentes básicamente en lo relativo a la DF y bajo ese contexto sea comprendido como un autor de este delito, sin tener condición de funcionario o servidor público, es decir sin tener una dependencia del Estado.

7.2. Sujeto pasivo

En la medida en que el bien jurídico protegido se identifica con el respeto a la personalidad jurídica del ser humano, no podemos hablar de un titular unipersonal del mismo, por lo que estamos ante un bien jurídico supraindividual, donde el sujeto pasivo será el propio ser humano, aunque no individualmente considerado; objeto material sería la víctima de la separación, la cual ha de ser necesariamente una persona detenida (Delgado Neyra, 2016, p. 136).

Conforme a la redacción típica, el sujeto pasivo en este delito es genérico. El “otro” al cual se priva de su libertad, puede ser cualquier persona. Claro está que si ese otro es una persona que tiene menos de dieciocho años o es mayor de sesenta años de edad, padece de cualquier tipo de discapacidad o se encuentra en estado de gestación, determinará la agravación del tipo.

Sin embargo como lo señala la Corte IDH, debe tenerse en cuenta que son consideradas víctimas directas, mientras que los familiares y conocidos son las víctimas indirectas.

7.3. Acción material

La mayoría de los ordenamientos penales de Latinoamérica convienen en considerar que este delito tiene dos fases en las cuales se desarrolla la conducta típica del sujeto activo del delito a) la privación de la libertad

b) la no información sobre la situación de esta privación de libertad, que guarda relación con lo precisado por la CIDH en reiteradas jurisprudencia como la sentencia del caso Radilla Pacheco vs México precisa: “a) *la privación de la libertad b) la intervención directa de agentes estatales o por la aquiescencia de estos y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona interesada*”

Así como también en el caso Chitay Nech y otros Vs Guatemala cuando señala igualmente

Excepciones Preliminares Fondo Reparaciones y Costas Sentencia de 25 de mayo del 2010. La corte en tanto en las definiciones del Grupo de trabajo sobre Desapariciones Forzada e Involuntarias de Personas de las Naciones Unidas de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las DF...de la ONU la CIDFP otros instrumentos internacionales, la jurisprudencia así como el Estatuto de Roma, se señalan los elementos concurrentes constitutivos de la Desaparición Forzada a) la privación de la libertad b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de estos y c) la negativa de reconocer la detención o de revelar la suerte o paradero de la persona interesada, en el mismo sentido caso Gomes Lund y otros vs Brasil...”(CIDH)

En cuanto al primer supuesto de **a)** la privación de libertad es uniforme dicha consideración en diferentes legislaciones comparadas, tal es así que lo toma en cuenta no sólo nuestra norma penal, sino también la Colombiana, al mencionar textualmente “...la privación de su libertad cualquiera sea su forma...” como la legislación Argentina cuando se refiere “...aprehensión, la detención o el secuestro de personas...”.

Esta privación de la libertad es la afectación al derecho del individuo a su libertad personal, siendo esta la conducta central por el cual se va a impedir a la misma ejercer un abanico de derechos al impedir el control de su detención. La cual no necesariamente deberá ser ilegal desde su inicio, conforme la posición asumida por la CIDH, en el sentido que la privación de la libertad será considerada tal *“cualquiera sea su forma”* supuesto en el que se abarca el hecho que al inicio sea legal o sea ilegal y a partir de allí se produzca la negativa a proporcionar la información. Aunque Modolell Gonzales, opina que no se puede considerar a este pronunciamiento de la CIDH, como el sustento para considerar que por ello involucra su carácter legal o ilegal de inicio de la privación de la libertad; apunta a señalar que la CIDH al sostener que la privación es en cualquiera de su forma se refiere a cualquiera de su forma de ejecución de privación, quedando sobre entendido que configura este delito, una vez que se produzca la ilegalidad de la detención y esto ocurre cuando no se informa sobre la privación de la libertad o se rehúsa a dar información (2009, p. 195).

El otro supuesto que contempla la doctrina y la legislación es b) la falta de información sobre el paradero de la persona detenida que como lo hemos señalado líneas arriba es considerado taxativamente en las sentencias de la CIDH, aun cuando algunos ordenamientos jurídicos no son uniformes entre sí, conforme lo precisa Kai Ambos, al señalar que por ejemplo en el nuestro exigía *“ordenando o ejecutando acciones que tenga por resultado su desaparición debidamente comprobada”* en el que subyace claramente que se trata de un incumplimiento de deber por lo que no sería necesario que haya un requerimiento para que de información, sino que sólo bastará la falta de información del paradero de dicha persona. Así como tampoco resultaría necesario la sustracción de la persona del amparo de la ley, como otros ordenamiento penales lo han mencionado, tal es el caso de la legislación Colombiana, que en tal caso no deberá ser considerado como un requisito adicional (2009, p.203).

Exigencia que de otro modo también lo tiene la legislación Uruguay cuando exige “*seguidamente de la negativa a informar sobre la privación de libertad o el paradero o la suerte de la persona...o que omita y se niegue a brindar información*”. En ese sentido se tiene que esta falta de información según lo precisa Kai Ambos al realizar un análisis de las diferentes legislaciones latinoamericanas en la tipificación del delito de Desaparición Forzada, se refiere a la legislación Uruguay la cual considera en calidad de autor al un funcionario público y no acepta que sea un particular en virtud del derecho que tiene a no auto incriminarse, señala el autor en su análisis que por ello se trataría de un delito especial, de omisión impropia, por el cual el sujeto agente tiene una posición de garante, resultado del deber especial extrapenal que resulta de su calidad de funcionario del que nace el deber de salvaguardar. (2009, p. 212).

De acuerdo a la descripción típica contenida en el artículo 320 del Código Penal Peruano, la acción típica está representada por la conducta del funcionario o servidor público, o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, prive a otro de su libertad y se haya negado a reconocer dicha privación de libertad o dar información cierta sobre el destino o el paradero de la víctima.

Antes de la modificación, introducida en el texto del artículo 320° del Código Penal (D. Leg. N° 1351 de 07-01-17) prescribía lo siguiente: “*El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada...*”

La referencia a que la desaparición debía ser “debidamente comprobada”, que constituía un condicionamiento que no encontraba asidero en la legislación comparada ni en los tratados internacionales, mereció en su momento comentarios negativos, debido a que dicha exigencia de probanza, además de resultar innecesaria, dado que se

trata de un delito de resultado, dado que tal exigencia se asemeja a su vez a una condición objetiva de punibilidad que puede ser interpretada de manera favorable para el sujeto activo a quien se le atribuye dicha acción, y al mismo tiempo restringiendo de manera evidente el ámbito de la criminalización (Rueda 2001, p. 312).

Ahora bien, desde la defensa del derecho fundamental de presunción de inocencia, es evidente que tampoco será posible considerar probada la desaparición de una persona, únicamente por su ausencia; sino que es necesario la obtención de evidencias de que otro sujeto que tiene vínculo o es funcionario o servidor público ha tenido implicancia en su desaparición, la cual puede haberse iniciado de manera ilícita con una aprehensión injustificada o incluso inicialmente lícita pero que por el transcurso del tiempo y la ausencia de las formalidades legales se mantiene su aprehensión sin que se de cuenta de su paradero o destino. A fin de que en dichos términos se entienda que la exigencia “debidamente comprobado” es innecesario desde el punto de vista del tipo objetivo y la punibilidad. Por lo cual el requisitos que inicialmente estaba contenido en el tipo penal Peruano, resultaba excesivo, si se tiene en cuenta que la condena debe estar sustentada sobre una actividad probatoria que determine la destrucción de la presunción de inocencia, pudiendo ello realizarse a través de prueba material o indiciaria” (Mazuelos Collo 1995, p. 148).

En este extremo cabe señalar que la norma Penal Peruana, no se ha puesto en la posibilidad de que el sujeto activo del delito lo sea también una organización política, tal como lo señala la CPI, y que al ser así, se exige básicamente la pertenencias del sujeto activo a dicha organización que deja de ser un ente estatal y pasa también a comprender a un ente privado, que de modo alguno hace eximir la responsabilidad del Estado frente al accionar de los particulares en la defensa de los derechos humanos, Posición que ha sido ampliamente desarrollada en el análisis de la Desaparición Forzada en el ordenamiento Internacional que como

lo señala Kai Ambos, acogiéndose a la doctrina Alemana, la DF no solo puede cometerse por un funcionario público o quien tenga aquiescencia de aquel; sino que el particular comete DF, siempre que se determine que la conducta delictiva se realiza en función o por encargo de un Estado o de una organización política como lo señala la CPI, o cuando se incumple un deber jurídico, con ello queda sustentado que en tales condiciones nace el deber de garante del sujeto agente quien al negar la información por encargo cumple con las características del sujeto agente (2009 p 234).

Actualmente, se aprecia un avance a la homologación de nuestra legislación interna sobre desaparición forzada de personas con las normas del Derecho Internacional, mediante la modificación introducida al artículo 320 del Código Penal mediante D. Leg. N° 1351 (07-01-17), en el que se ha omitido la exigencia *debidamente comprobada, como* requisito siendo testado de texto legal.

La primera de estas modalidades plantea como problema el de la determinación de la autoría y participación de los diversos sujetos que intervengan en los hechos. Tal supuesto sólo configuraría un caso de coautoría donde participarían aquél funcionario que emite la orden, y el autor material de la desaparición; es decir, el funcionario subordinado que ejecuta directamente la orden dada. La segunda modalidad a la que se alude es la ejecución de acciones, por lo que estamos antes actos realizados por el propio funcionario, dirigidos directamente a la ocultación del paradero del detenido (Delgado Neyra, 2016, 138).

Al mismo tiempo el autor de este delito, queda obligado a cumplir con informar sobre el paradero o la situación jurídica de la víctima, siendo indiferente que a la fecha en que se le requiere su información se encuentre en las mismas condiciones laborales, esto es que se encuentre ejerciendo el mismo cargo en la misma dependencia institucional, o ya sea haya renunciado, haya sido destituido o haya

culminado su actividad laboral, dado que al momento de la ocurrencia de los eventos, o con posterioridad a ello por las circunstancias propias de su trabajo conoció o generó la privación de libertad, ello por adoptar doctrinariamente una posición de garante frente a la víctima la cual se mantendrá en el tiempo hasta que aparezca o se conozca de manera comprobada su destino, en cuyo caso se le dejará de considerar desaparecido. Al respecto se debe tener en cuenta lo dispuesto por la Convención IDH, respecto de la obligación que tiene todo agente estatal en la detención de un individuo, señalando que la persona que es privada de su libertad: *“debe ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentada sin demora, conforme a la legislación interna respectiva, a la autoridad competente” Art. XI CISDF.* Exhortando a la obligación que tienen los Estados suscribientes del mismo en que mantenga un registro de detenidos, el cual será permanentemente actualizado, el cual será de público conocimiento para los familiares, las autoridades y en general para todo aquel que tenga un interés legítimo interés. (*Loc. Cit.*).

Cabe mencionar además que este delito se configura solamente con la desaparición de la persona quien no tiene oportunidad de ejercer su derecho respecto de la detención arbitraria de la que está siendo objeto, por lo cual el desenlace fatal que conlleva la muerte de dicha persona no está dentro de la exigencia del tipo penal de DF, no siendo parte de los elementos objetivos del delito el hecho que la víctima haya sufrido ejecución arbitraria, en tanto que ello corresponderá a otro delito de lesa humanidad, ello en consonancia con la tipificación internacional y conforme a la definición adoptada por la CVR.

En ese sentido si se da el caso que la víctima además de haber sido desaparecida, ha sido también víctima de ejecución, advertimos la concurrencia de delitos. Lo cual podríamos inferir que la desaparición de un gran número de personas víctimas de la violencia ocurridas en el periodo de 1980 a 1990 obedece a que han sido ejecutadas, ello

porque pese a los esfuerzos permanentes en lograr su ubicación no ha sido posible, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, el número elevado de denuncias, y las circunstancias especiales en que ocurrieron los hechos que generaron la desaparición. Siendo factible dicha presunción al haberse hallado fosas comunes de los desaparecidos, así como recabado los testimonios de personas que sufrieron detención arbitraria o desaparición temporal y que fueron puestas en libertad.

En cuanto al grado de desarrollo del delito, al ser éste un delito de resultado, la consumación exige que se produzca de manera efectiva la desaparición del detenido. Esta desaparición implica a su vez el desconocimiento total del paradero de la víctima.

Por otro lado, conforme se precisa en el Acuerdo Plenario N° 9-2009/CJ 116, fundamento N° 15, al tratarse de un delito de ejecución permanente, este presenta singularidades en relación a la aplicación de la ley penal en el tiempo. Por lo que la privación de libertad no es el punto de inicio, sino el momento en que empieza a incumplirse el mandato de información, en ese sentido:

“A. Si la permanencia cesó con anterioridad a la entrada en vigor de la ley que introdujo la figura penal analizada, desde luego no será posible imputar a los funcionarios o servidores públicos la comisión del delito de desaparición forzada. En este supuesto sólo será del caso, si se cumplen sus elementos típicos, la comisión del delito de secuestro”.(A.P 2-2009/CJ)

“B. Si entra en vigor la ley que consagró el delito desaparición forzada de personas y se mantiene la conducta delictiva –de riesgo prohibido para el bien jurídico- por parte del agente estatal, la nueva ley resulta aplicable; no hay ninguna razón para no imputar la comisión del delito a partir de la vigencia de la nueva valoración socio normativa que expresó el tipo legal

incorporado al ordenamiento penal. Así, SCIDH Tiu Tojin, párrafo 87. En igual sentido, debe entenderse la STC Villegas Namuche número 2488-2002-HC/TC, párrafo 26, del 18 de marzo de 2004, cuando precisa *“en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal”*”. (A.P 2-2009/CJ)

“C. Si encontrándose desaparecida la víctima y en esas circunstancias entra en vigencia el delito de desaparición forzada para el sistema Penal Peruano, por su carácter de permanente este delito se configura aún sea posterior al inicio del hecho, la dación de la norma; ahora bien, si tenemos en cuenta que se trata de un delito especial propio por el cual es el sujeto agente un funcionario público o uno vinculado a él; es necesario determinar que en la fecha en que entra en vigencia dicha norma este sujeto activo debe encontrarse ostentado dicha condición funcional . Por tanto, si el funcionario público que a la fecha de la dación de la norma no ostente tal prerrogativa, no se le podría imputar dicho acto ilícito, debido que en la fecha de la dación de la norma no ostenta ni integra la institución estatal, no cumpliendo con el requisito que señala dicha norma en cuanto atribuirle responsabilidad al agente estatal”. (A.P 2-2009/CJ)

“D. En caso que el funcionario o servidor público que durante la fecha de los sucesos de desaparición forzada se encontraba ejerciendo dicho cargo funcional, pero que a la dación de la norma, ya no ostenta el mismo, sino que sin dejar de ser funcionario o servidor público, ostenta un cargo diferente, que no lo exime de la obligación de informar el destino de la víctima, dado que existen mecanismos dentro del Estado para requerir informe o exigir información , es factible comprenderse a dicho sujeto como autor del delito, al estar obligado por su calidad de tal de informar sobre lo ocurrido con la víctima en virtud de su injerencia previa; por tanto su cambio de destino no resulta relevante” (A.P 2-2009/CJ).

8. Tipo subjetivo del injusto.

Bajo el principio de culpabilidad se tiene al menos cuatro exigencias que debe cumplir todo derecho penal que se construye sobre la base de un Estado Democrático de Derecho (Castillo Alva, 2002, pp. 421 y ss.), así las exigencias son: a) la responsabilidad personal por el hecho b) responsabilidad por el acto (Roxin, 1997, pp. 176 y ss) c) culpabilidad en sentido estricto y d) exigencia de dolo o imprudencia.

Así mismo el artículo 12 del código penal peruano afirma que “Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley” de esta manera se exige que todos los delitos tienen que ser cometidos por dolo e imprudencia siempre que el delito así lo establezca.

Siendo esto así, resulta pues una exigencia derivada del principio de culpabilidad el hecho de exigir a la persona un vínculo subjetivo y ese puede ser llamado dolo o imprudencia, solamente de esta manera podrá proscribirse todo tipo de responsabilidad objetiva, ya que este tipo de responsabilidad es contraria a los fundamentos mismos del Derecho Penal. De esta manera la metodología de análisis de los hechos se llevará en dos pasos, la primera consistente en la verificación de los hechos de manera objetiva para luego atribuir al sujeto de manera subjetiva, solamente de esta manera se estará respetando el fundamento democrático del principio de culpabilidad y su exigencia de vinculación subjetiva del autor con el hecho. (Hormazabal Malareé, 2002, p. 21)

Pues bien, esta exigencia se materializa en la teoría del delito, ya que el vínculo subjetivo se hace presente en la tipicidad; a la vez, esta deberá ser

hallada dentro del proceso de adecuación de una conducta a la norma penal, siendo esto así la pregunta cae por su propio peso ¿qué implica que una conducta sea dolosa? O mejor ¿qué es el dolo?

Las respuestas a estas preguntas son similares a las del bien jurídico, hasta ahora no se puede hallar una respuesta definitiva —en este punto, es ilustrativo Roxin (1997, pp. 414 y ss) y Jacobo Lopez Barja de Quiroga (2010, pp. 309-318)— , incluso se ha podido ver respuestas que de plano niegan la posibilidad de la existencia del dolo como exigencia. (Molina Fernández, 2005)

Pero la doctrina mayoritaria, así como basta jurisprudencia nacional concuerda en que cuando se habla de dolo al menos se habla de dos cosas, del conocimiento y voluntad de realizar el tipo penal (Mir Puig, 2011, p. 267). Aunque no se puede negar la tendencia actual por considerar al dolo netamente cognitivo, esto es, considerarlo solamente como conocimiento del riesgo de la conducta respecto a la realización del tipo penal. (Jakobs, 2004, pp. 345-358) (Feijoo Sánchez, 1998. Pp. 277 y ss)

Ahora bien, se aprecia que de la redacción del tipo penal Peruano que la conducta desarrollada por el funcionario o servidor público, o cualquier persona que actúe bajo la anuencia del asentimiento o dirección de aquel, al realizar la conducta de privar de la libertad a la víctima y a continuación negarse a reconocer dicha privación de libertad o negarse a proporcionar información veraz sobre su paradero, evidencia la aceptación del agente de haber realizado la conducta con dolo directo, e incluso realizado también con dolo de consecuencia necesarias, o de segundo grado, sin que ello signifique *animus necandi* (Félix Reátegui 2012, p. 397).

Es un delito eminentemente doloso, en el que se tiene la conciencia y voluntad de hacer desaparecer al detenido; es decir, el sujeto activo conoce perfectamente la conducta que está desarrollando de privar de la libertad a

dicha persona para ocultarla de la protección del Estado separándola de su entorno cercano, su comunidad, imposibilitando el conocimiento de su destino para quienes lo reclaman. Es necesario mencionar que el contenido del tipo subjetivo en este delito no incluye un posible dolo de matar a la víctima (Bramont-Arias Torres y García Cantizano 2006, p. 646).

Ahora bien el delito de Desaparición Forzada de personas en nuestro ordenamiento penal fue introducido con la dación del Código Penal Peruano de 1991, por lo cual a partir de allí se puede considerar dicha conducta delictual, en tanto y en cuanto nos regimos por el principio de legalidad, a la fecha en que ocurren los hechos tiene que haberse encontrado tipificado como delito dicha conducta para ser sancionada como tal, no cabe una retroactividad maligna, por tanto los hechos ocurridos con anterioridad a la dación de la ley, se considerará dentro de otro tipo penal como secuestro. La consideración de la fecha de entrada en vigencia del Código Penal Peruano es conforme a la Constitución (artículo 103) y el Código Penal (artículo 6); y que a su vez guarda relación con los artículos II de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 15°.2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Parte Tercera del Estatuto de Roma.

9. Tipo agravado

A diferencia del texto derogado, el actual artículo 320 del C.P. incluye en su redacción la sobre criminalización de la conducta en cuanto la desaparición forzada se haya verificado sobre persona que tenga menos de dieciocho años o sea mayor de sesenta años de edad; que padezca de cualquier tipo de discapacidad; o, se encuentre en estado de gestación.

En estos supuestos, que evidencian un claro incremento del peligro al que se somete a este tipo de sujetos pasivos cualificados, la pena privativa de libertad será no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años, e

inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1) y 2) (Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; e, incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público).

Cabe hacer mención que para hacer operativas estas agravantes es necesario que el sujeto activo actúe con dolo sobre ellas, es decir que tenga conocimiento y voluntad sobre las agravantes (art. 14 del CP), así, por ejemplo, se exigirá que el sujeto activo reconozca que el sujeto pasivo está en estado de gestación, pues de otro modo se estará vulnerando el principio de culpabilidad, en el sentido de que mediante ella se exige una relación subjetiva entre el sujeto activo el hecho y las circunstancias que la agravan (Hormazabal Malareé, 2002, pp. 23-34) un Derecho Penal que no garantice los principios sobre los cuales se ha construido se negaría a sí mismo.

10. Ampliación del tipo.

Ahora bien, otra forma de clasificación de los tipos penales responde a la calidad del sujeto activo, de esa manera se podrá delimitar que un tipo penal corresponde a los tipos comunes o especiales de acuerdo a las características intrínsecas que posea el sujeto activo ideal para la comisión del delito. Esto se podrá diferenciar mediante las fórmulas generales del estilo “el que...”. (Mir Puig, 2011, p. 237)

a) Tipos comunes. - son aquellos en los que el sujeto activo del delito puede ser cualquier persona. El sujeto, agente, no debe reunir determinadas características, no es necesario una condición especial para la comisión o ejecución de la conducta contenida en el tipo. Usualmente se identifica en la descripción del mismo cuando se refiere a “el que”, a “quien”. Por ejemplo: El Art 121 del código penal peruano regula el delito de lesiones graves que a la letra dice: “el que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud”, aquí

el sujeto activo puede ser cualquiera ya que no se requiere algún tipo de característica otra más que solo “el que causa daño...”.

b) Tipos especiales propios por la condición cualificada del sujeto activo. - Por el cual necesariamente el sujeto activo presente una característica especial o una cualidad en sí, la cual necesita el tipo para adecuar la conducta, por ejemplo, el delito de peculado previsto en el artículo 387 (“el funcionario o servidor público”) el delito de prevaricato artículo 418 del Código Penal (“el juez o el fiscal que dicta resolución”). (Ibídem p. 238)

la problemática radica en los casos donde los intervinientes de esta clase de delitos —así hablemos del cómplice, inductor, o cualquiera de las calificaciones que se les otorga a cualquiera de los intervinientes en un suceso delictivo— no sean necesariamente los que cumplen los requisitos solicitados por el tipo penal, así, cuando el que participa es el que cumple las características solicitadas por el tipo penal este será un *intraneus*, pero cuando el partícipe no es uno que cumple con las especiales características solicitadas por el tipo será un *extraneus*, cuando ocurre ello es válido preguntarse cómo deben aplicarse las reglas de la autoría y la participación en estos delitos especiales.

De este modo, al tratar de resolverse esta problemática, en doctrina se han elaborado dos teorías, ellas todavía se encuentran en discusión, pero en el ámbito jurídico peruano esta discusión ha llevado a la elaboración de hasta dos acuerdos plenarios en los que se toca este tema, así el Acuerdo Plenario N° 2 – 2011/CJ-116 en el que se analiza la prescripción de los delitos funcionariales y el Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116, en este último analizando el delito de enriquecimiento ilícito es tomado como excusa para poder desarrollar esta problemática que toca el artículo 26 del código penal peruano. A continuación se desarrollará esta problemática a efectos de poder determinar qué sucede con los intervinientes del delito de desaparición forzada de personas que no cumplen con los específicos requisitos del tipo penal, pues recordemos que, de acuerdo a la actual

redacción delito de desaparición forzada, este es un tipo especial propio, ya que el sujeto activo puede ser un funcionario o servidor público. No obstante a ello, conforme a lo establecido en el tipo penal, la responsabilidad se extiende a cualquier otra persona que con el consentimiento o aquiescencia de aquél, de todas maneras, priva a otro de su libertad y se niegue a reconocer dicha privación de libertad o a dar información cierta sobre el destino o el paradero de la víctima.

Tal como se mencionó, en el ámbito de la participación delictiva se discute cómo deben aplicarse las reglas de la autoría y la participación en estos delitos especiales cuando participan en la ejecución de los hechos tanto sujetos que reúnen la cualidad exigida por el tipo penal como otros que no la poseen. De esta forma, en doctrina se han elaborado dos teorías que son las siguientes:

- a) La teoría de la ruptura del título de imputación.
- b) La teoría de la unidad del título de imputación.

a) **La teoría de la ruptura del título de imputación.-** Mediante esta teoría, solamente serán responsables quienes ostenten la exigencias requeridas por el tipo penal; es decir, el *intraneus*, de esta manera los *extraneus* o quienes han cometido el ilícito y no tienen las características exigidas por el tipo penal (por ejemplo no tener una relación directa con el Estado para el caso de los delitos contra la administración pública), al no ostentar una función o puedan ser considerados como funcionarios o servidores públicos, no podrían ser penalmente responsables, ello fundamentado en que la calidad de autor niega la posibilidad de delimitar responsabilidad al tercero que no cuenta con la misma (cada uno responde de su propio injusto), la doctrina que fundamenta esto se basa en la concepción de una teoría funcionalista, por ejemplo Sánchez-Vera Gómez-Trelles afirma que los delitos especiales se fundamentan en deberes positivos dirigidos exclusivamente a cierto círculo de autores,

por lo que los partícipes no responderían al no haber sido impuestas por la sociedad (Sánchez-Vera Gómez-Trelles, 2002, p. 216)..

Esta postura, en la doctrina nacional ha hallado fundamento en la incomunicabilidad de circunstancias personales regulada en el Art. 26 C.P tal como lo señala el Acuerdo Plenario N° 2 – 2011/CJ-116 dentro de su fundamento jurídico número 12 abraza esta teoría, quién refiriéndose a l art 26 afirma que “[e]sta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del *extraneus* como autor de un delito de infracción de deber. Lo expuesto significa, además, que el partícipe sólo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor”

Sin embargo, si tenemos en cuenta que el delito se ha producido y lo ha efectuado este tercero *extraneus*, entendemos que su responsabilidad está latente, por tanto, la teoría sostenida únicamente abrazaría impunidad para el *extraneus*, pues no cabría la tipificación de su conducta y la correspondiente sanción en otro delito. Por ello se cuestiona la negación de la accesoriedad en la participación, dado que es únicamente el *intraneus* quien tiene el dominio del hecho, y la sanción que corresponda a quien actúa en calidad de *estraneus* es independiente del hecho principal, en tanto que será pasible de una sanción, pero no por ese delito, sino por un delito común, si es que estuviera tipificado y es este argumento el que han tomado los defensores de esta postura para afirmar que la teoría de la unidad del título de imputación no genera impunidad, ya que subyace un deber general de no dañar (Alcocer Povis, 2005)

De lo que se advierte como bien señalan los opositores de esta teoría es que en caso no existir un delito común respecto de todos los delitos especiales propios, aplicables al caso, generaría impunidad del *extraneus*.

b) La teoría de la unidad del título de imputación. - Por el cual, el *extraneus* tendría la calidad de partícipe del delito especial, aunque no

sería considerado como autor, pero bien podría considerarse como cómplice o “instigador” de ese mismo delito. Según esta posición la norma subyacente en el tipo especial también se dirige al *extraneus*, debido a que busca salvaguardar el bien jurídico, como protección a todos en general evitando impunidad al deslindar la participación del *extraneus*. En estos supuestos la imposición de la pena correspondiente al delito especial al partícipe extraneus se fundamenta en que accede a un dominio social típico para lesionar más fácilmente un bien jurídico. (Rueda Martí, 2001, p. 162)

Esta tesis refuta la ruptura del título de la imputación en razón de la no comunicabilidad de circunstancias personales (Art. 26), consagrando la tesis de la “accesoriedad” de la participación respecto de la autoría, de tal manera que el partícipe será siempre, comprendido y sancionado por el delito del autor.

Así mismo, el Acurdo Plenario 3-2016 CJ/116 en su fundamento jurídico décimo y luego de realizar una interpretación histórica del artículo 26 afirma lo siguiente: *“Lo expuesto, pues, permite señalar que el artículo 26° no es una disposición que permita sustentar, legal o técnicamente, la adopción o preeminencia de cualquier enfoque teórico dirigido a excluir la necesaria accesoriedad de la intervención de un tercero extraneus como cómplice o instigador del mismo delito especial propio o de infracción de deber que sólo puede ejecutar el funcionario público (teorías de ruptura del título de imputación). La eficacia y utilidad dogmática de dicha norma, se limita, en realidad, únicamente a evitar que la mayor o menor punibilidad que puede proyectar una circunstancia genérica, específica o cualificada; así como causales de disminución o incremento de punibilidad [...] sobre la valoración y medición punitiva concreta del proceder delictivo del autor o partícipe de un mismo hecho punible -sea cual fuere la naturaleza de dicho delito-, afecte o privilegie en igual medida a las demás personas intervinientes que interactuaron con aquél”.*

La unidad de la imputación en cuanto a la participación va a depender de cuál es la calidad que tiene el autor o partícipe respecto de los hechos, es decir si el autor de los hechos no tiene la calidad especial ausencia de condición de funcionario o servidor público, no obstante es el autor directo del delito; es decir *estraneus* corresponde considerarlo como delito común y el *intraneus* será el partícipe; si por el contrario el autor directo del delito lo realizó el *intraneus* y el *extraneus* colaboró con dicho ilícito entonces se desarrolla el típico delito especial en calidad de autor y el *extraneus* en calidad de partícipe.

Por ejemplo: aplicando esta regla a la Desaparición Forzada; al funcionario o servidor público lo catalogamos como el autor del delito y al tercero que no tiene vínculo con el Estado, lo catalogamos como el particular que resulta actuar como cómplice en este caso de Desaparición Forzada, en el caso siguiente el autor que sería el sujeto que no tiene vínculo con el Estado que actúa de manera individual, respondería por el delito de secuestro (en el entendido que no forma parte de una organización política y el funcionario sería un cómplice de este delito.

Si bien la teoría de la “unidad del título de imputación” es mayoritariamente aceptada en doctrina, evidencia, al mismo tiempo, vacíos en su aplicación. Sobre todo, insatisfactoria cuando se trata de fundamentar la autoría del *intraneus* que se vale de un *extraneus* doloso (y, por lo tanto, sin las características del “intermediario” de la autoría mediata común) para realizar el delito. Este caso se conoce en la doctrina como el de un “instrumento doloso no cualificado”. Esto llevaría, injustamente, a la sanción penal del *intraneus* solamente como partícipe del delito común en los delitos especiales impropios. Mientras que en los delitos especiales propios ambos el agente con vínculo con el Estado como el tercero *extraneus* resultarían impunes: dado que la conducta del

extraneus sería atípica y, por la “accesoriedad limitada” la participación del *intraneus* también sería impune (Gracia Martín 2004, p. 297).

Por ello en otros países como en Alemania, se admite la autoría mediata del *instraneus* el cual realizó la conducta pero no lo hizo solo, sino que lo hizo valiéndose de un tercero, en calidad de instrumento doloso no cualificado” conocido como el *estraneus* pues aquí existiría, debido al deber especial del primero (sin el cual no sería posible el delito) un “dominio normativo-psicológico del hecho” (Hassemer 1984, p. 275).

Sin embargo, una propuesta distinta que también da solución a los problemas de autoría y participación en los delitos especiales es la propugnada por CLAUS ROXIN: se refiere a “LA TEORÍA DE LA LESIÓN DEL DEBER”. El maestro alemán distingue entre “delitos de dominio” y “delitos de deber”. En los primeros, señala *“el legislador presupone el “dominio” de la conducta típica por parte del autor, sea por sí mismo, por intermedio de otro, o conjuntamente con otros; en cambio, en los segundos, el reproche penal va dirigido a la infracción de un “deber específico” del sujeto activo, sea como lo realice”* En ese sentido únicamente en cuanto a los primeros sería a partir del criterio de... “dominio del hecho” para distinguir entre autor y cómplice; en cambio, en los segundos lo que interesa para la autoría es la “infracción del deber”, independientemente de si ontológicamente pueda hablarse de un dominio del hecho o no...” (García Caverio 2008, p. 318).

Entonces, en el caso particular, el funcionario público sería autor del delito, pues ha infringido dolosamente su deber; los que colaboraron con él y que no sean también funcionarios públicos portadores de una específica relación de deber con la función infringida, serán partícipes del mismo delito. Y ello, sin importar quién haya tenido el dominio del hecho. Por ejemplo, el funcionario público que desde el extranjero da instrucciones a un particular para que éste, al día siguiente, pase por la oficina del primero y se apodere de fondos que a éste le correspondería

administrar, seguirá siendo autor del delito de “peculado” (y el *extraneus* su cómplice), pese a que no tenía dominio del hecho (*ídem*).

Esta teoría ha sido criticada, sin desmerecer su acierto de destacar la “infracción del deber” existente en los delitos especiales (que nadie niega ahora, pero que muchos consideran insuficiente para fundamentar la autoría), en cuanto a que iría demasiado lejos y atentaría contra el “principio de legalidad” al extender mucho la “autoría” en los delitos especiales.

Ya para finalizar, es necesario tomar tener en cuenta la modificación realizada mediante el Decreto Legislativo 1351 del 7 de enero de 2017, en él se incorpora un nuevo párrafo al artículo 25 del Código penal vigente el cual a la letra dice: “El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad no concurren en él”.

Mediante esta última modificación al código penal se ha tomado partida por la teoría de la unidad del título de imputación debido a que desde la entrada en vigencia de esta incorporación los partícipes de los delitos especiales propios también responderán por el delito favorecido.

11.-El Delito de Desaparición Forzada en la Jurisprudencia Nacional

Como hemos sostenido al inicio del presente trabajo de investigación, no sólo nos hemos abocado al estudio del tipo penal de desaparición forzada contemplada en el Código Penal Peruano, a la luz de los estándares internacionales; sino que interesa también conocer a manera de ilustración, el estudio de sentencias emitidas por la Sala Penal Nacional, en un espacio de tiempo como ha venido aplicándose en la prosecución de los procesos

penales en los tribunales Peruanos si es que se han observado las recomendaciones efectuadas por la CIDH en cuanto a la valoración de prueba en la DF.

Teniendo en cuenta que la CIDH, en múltiples casos ha manifestado que al tratarse del delito de DF, los estándares a observarse para su valoración serán los más flexibles en comparación con el estándar que observan los sistemas Nacionales, en tanto y en cuanto estos sucesos han sido corresponsabilidad del Estado.

Así en la sentencia emblemática sobre DF, caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras se ha pronunciado por la formalidad de la prueba, señalando que existen graduaciones en función a la gravedad del delito. *“.....los criterios de valoración de la prueba son menos formales que en los sistemas legales internos...reconocen graduaciones diferentes dependiendo de la naturaleza, carácter y gravedad...”* e Igualmente en otras sentencias como caso Fairén Garbí y Solís vs Honduras.

Ha manifestado también la valoración que se le debería otorgar a la prueba indiciaria en este delito, considerando válida, e incluso válida siendo la única prueba que se ha obtenido y con ello suficiente para sentenciar. Tal es el caso Godínez Cruz vs Honduras *“.....válida la prueba indiciaria...puede ser el único instrumento para que se cumpla el objeto de la Convención....cuando las violaciones implican...destrucción de los medios de prueba directo...”* caso Blake vs Guatemala *“...la desaparición....sea demostrada mediante....testimoniales indirectas y circunstanciales, sumadas a la inferencias lógicas...”*.

Añadiendo que la prueba indiciaria resulta suficiente para acreditar todo parte de los elementos de la DF, caso Rodríguez Vera vs Colombia *“...no existe ningún impedimento en utilizar prueba indiciaria para demostrar la*

conurrencia de cualquier de los elementos de la desaparición forzada, incluyendo la privación de la libertad...”

Asimismo viene sosteniendo a lo largo de sus sentencias sobre DF, la necesidad de valorarse la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, dada la naturaleza del hecho investigado, tal es el caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs Bolivia.

Como también ha referido que debe valorarse en calidad de prueba los Informes de Comisión de la Verdad, y para los efectos de determinar que se trata de un crimen de lesa humanidad, es suficiente considerar el análisis del contexto imperante. Tal es el caso Osorio Rivera vs Perú.

Sin embargo al revisar los casos Penales sobre Desaparición Forzada llevados a cabo por la Sala Penal Nacional durante los años 2004 al 2008, se advierte que el ochenta por ciento han sido absueltos por insuficiencia probatoria, quedando impune estos delitos, generando preocupación incluso en la CIDH

TERCERA PARTE

TOMA DE POSTURA

CAPITULO I

ANALISIS E INTERPRETACION DE LA INFORMACION

1.-De los elementos de la Desaparición Forzada en observancia de los estándares internacionales

1.1. Del agente Estatal

Como uniformemente lo precisa la doctrina mayoritaria, para entender el concepto de desaparición forzada, se tiene que partir de tres elementos que la conforman, primero la privación de la libertad, la negativa a reconocer la privación de la libertad o proporcionar la información del paradero de la víctima, y tercero la realización de la acción por parte de personas o grupos de personas que actúan con aquiescencia, autorización o apoyo de la Estado (Citroni, 2009, p. 91))

Se ha venido estudiando en la parte teórica de este trabajo como unos de sus elementos al sujeto activo, el cual ha generado controversia en cuanto a su naturaleza. De ser un ente estatal o incluir un ente no estatal, en cuyo caso si este ente no estatal tiene vínculo, o actúa con apoyo o aquiescencia de aquel (ANE), o es un ente que no tiene vínculo con el Estado (ANESV)

Hemos establecido que la problemática del sujeto activo tiene relación directa por un lado con la concepción que se tuvo en el inicio con la paz de Westfalia de 1684, punto de partida del derecho internacional, el cual fue concebido como la regulación de un conjunto de relaciones entre los Estados, es decir el Estado fue siempre considerado como el único titular de derechos y obligaciones, no habiendo evolucionado dicha postura, sino recién en la últimas décadas, al empezar a regular áreas en las cuales solo tenía injerencia el mismo Estado.

Se produce nueva jurisprudencia, como la emitida por la Corte Internacional de la Haya, el 09 de abril de 1984, en el caso Contrás, por el cual el Gobierno de Nicaragua solicitó abrir proceso judicial contra USA por actividades violatorias del derecho internacional, al desarrollar actividades encubiertas destinadas derrocar al gobierno del Frente Sandinistas para la Liberación Nacional. En la sentencia se estableció una regla de derecho internacional respecto al sujeto activo al señalar que el Estado es responsable penalmente por actos en el ámbito de las obligaciones internacionales cometidos por individuos que gozan del estatus de órganos bajo el derecho Nacional de ese Estado o que al menos pertenecen a entidades públicas avaladas por el sistema legal Nacional del mismo para ejercer ciertos actos de autoridad gubernamental (Rafael Arturo Prieto San Juan pág. 454)

Por otro lado también hemos advertido que en la evolución de la internacionalización de los derechos humanos, han aparecido otros organismos no estatales, a quienes se le ha identificado como

perpetradores de violaciones de estos derechos; sin embargo pese a la fuerza de dichos eventos, los Estados han venido negando la posibilidad de comprenderlos a los ANE o ANESV en tanto que ello representaría una debilidad de ese Estado para afianzar su poder debido a que si sus hechos están generando obligaciones, sus hechos también podrían generar derechos; es decir el panorama tradicional del sujeto activo que siempre fue estatocentrico, ahora se venía debilitando ante el avance de aquel sujeto no estatal y con la obligación de construir las relaciones internacionales con su participación, lo cual ha sido descartado por el sector de quienes consideran que debe comprenderse al ANE como un sujeto internacional para los efectos de asumir sus obligaciones por la vulneración de los derechos humanos.

Hemos identificado que el Estado *per se* interviene directamente en la vulneración de derechos humanos, ello se desprende tanto de los instrumentos internacionales, de la jurisprudencia, así como de los mismos sucesos criminales investigados en diferentes ciudades del mundo, en los que el Estado ha sido por muchos el primer y principal agente perpetrador de este crimen.

Lo cual ocurre a través de sus agentes miembros de ese Estado, como señala Modolell Gonzales (2009, p. 191) este agente Estatal viene a ser el funcionario público que actúa en el ejercicio de sus funciones, o también el funcionario u órgano del Estado, a quien Andreu Guzman lo denomina agente estatal directo para diferenciarlo del agente estatal indirecto en el que incluye a aquel que no es funcionario público, sino que actúa en su nombre o con su aquiescencia. Aunque autores como Sperazza critican esa división de agente directo e indirecto señalándolo como una delimitación imprecisa e inadecuada (Andreu Guzman 2001, p. 6).

Habiendo considerado en este estudio que el primer sustento de la imputación por el cual se hace responsable al Estado en la atribución de

un delito cometido por un órgano de ese mismo Estado o por un funcionario estatal por el principio de Unidad del Estado, en consonancia con la regla *ultra vires*.

Advirtiendo que el panorama tradicional del Derecho Internacional cambio con la internacionalización de los derechos humanos, caracterizada por su enfoque constitucionalista, dando paso a comprender como sujeto activo también al ANE, agente no estatal que tiene un vínculo con el Estado por actuar con apoyo, o aquiescencia o como se le conoce agente estatal que actúa bajo la dirección o control del Estado, lo cual se ha visto plasmado en el artículo 8 del Proyecto Definitivo sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente ilícitos (PREHI) (Carlos Mauricio López Cárdenas, 2017, p. 203) así como en diversos instrumentos internacionales como la CIDFP

La DPDF en su tercer párrafo precisa “...*por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento...*”.

La CIDF en su artículo II señala “...*a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado..*”

La CIDFP en el Artículo 2 igualmente precisa “...que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado...”

El EC en el artículo 7 literal i comprende “...*personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia...*”

Y en las últimas décadas se han manifestado nuevas tendencias, la comprensión de un tercer sujeto activo, el actor no estatal sin vínculo con el Estado, que viene generando posiciones encontradas, aun cuando son más los que respaldan esta posición. El fundamento insoslayable estriba en que las desapariciones forzadas que vienen produciéndose en el mundo son cometidas por los agentes estatales, y no estatales con vínculo o aquiescencia, pero también son cometidas por terceros, agentes no estatales sin ningún vínculo e incluso en oposición al Estado.

Por ende como señala Clapham negar la responsabilidad en materia de derechos humanos a los ANESV que en muchos casos son los poderosos, es negar el sitio que ha ganado la lucha por los derechos humanos, sino ocurriría lo que señala Cris Jochninck no se le podría decir a una comunidad que está amenazada por un ANESV- compañía petrolera que las compañías privadas son técnicamente inmunes a los reclamos de derechos humanos, que no firman convenios sobre la materia y que solo el Estado es el responsable de garantizar estos derechos. Esta negación no sólo vulnera el derecho de las personas sino que erosiona la justicia social. Es decir la violación de un derecho humano venga de donde venga debe ser perseguida, más allá de los formalismos legales, y con ello no se pierde la fuerza de quienes son los detentores del derechos internacional en la creación de deberes y derechos, sino que al contrario, se neutralizan las acciones violatorias de quienes se esconden en el manto de impunidad a ser perseguidos por la comisión de sus atrocidades contra los derechos humanos (Andrew Clapham, 2006, p. 186).

En ese sentido las normas internacionales lo han contemplado, como se advierte del artículo II de CIDF o como elemento del sujeto activo al agente estatal así como también a las personas individual o colectiva pero que actúen con connivencia, instigación a instancias del agente

estatal; no es menos cierto que esta precisión no guarda exacta relación con el contenido de su artículo 3 cuando señala “...*Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables....*”

Como también se advirtió que el EC en su artículo 7.i citado líneas arriba, comprende a los dos supuestos de agente estatal y agente no estatal con vínculo; así como el agente estatal sin vínculo alcanzando a la organización política, la cual no tiene vínculo con el Estado; que ha determinado que esta definición sea mucho más amplia y se adapte a grupos que no son parte de los otros tratados.

Evidenciándose que este cambio en la comprensión de otro agente no estatal, obedece a la naturaleza de este crimen, que desarrolla sus actos en absoluto secreto, lo que hace casi imposible conocer a ciencia cierta que los perpetradores efectivamente tuvieron un apoyo o asentimiento del Estado, resultando ser esta la razón fundamental para que sean incluidos también aquellos de quienes no se ha podido acreditar su vinculación, con la finalidad de abarcar todos los supuestos que signifiquen la persecución y sanción de los responsables, creando como lo señala una protección completa contra DF (Philip Linghammar, 2008, p.9).

Postura que ha sido defendida por mucho, conforme la posición de Pablo Rodrigo Alflen Da Silva quien considera identifica al ANESV a la organización políticas o no estatales, reconociendo que anteriormente a ello sólo se consideraba al agente estatal, pero que ahora es factible que el hecho sea cometido por otros actores de carácter no estatal, dándose la participación del sujeto agente en función del vínculo con el Estado como directos e indirectos (Pablo Rodrigo Alflen Da Silva, 2010, p. 221)

Posición que también ha sido asumida por Pablo Galain Palermo⁷, al mencionar que los sujetos activos de este crimen pueden ser de dos calidades, el agente estatal o el agente particular, considerando al primero como funcionario público y al segundo como un particular, a su vez derivar en dos modalidades, la primera tomando en consideración que dichos agentes hayan privado de la libertad y la segunda que hayan cometido el crimen sin haber privado de la libertad, por lo que en este último supuesto se restringe la figura para considerarlo agentes, siempre y cuando hayan tenido relación con dicha desaparición (2009, p. 142). Señala que en esta segunda modalidad comprende a los grupos que realizan operaciones clandestinas, a grupos organizados de poder que perpetraron los hechos como terroristas de Estado, a miembros de grupos dedicados a dar muerte denominados “escuadrones de la muerte”, a miembros de batallones militares o dependencia policial en donde se aprehendió y luego desapareció el detenido

En igual sentido se pronuncia Juan Luis Modolell Gonzáles, ciñéndose a lo expuesto en la CIDFP al mencionar que solamente podrían considerarse tipos de sujetos activos, por un lado al agente del Estado propiamente dicho y el sujeto activo no estatal; sin embargo reconoce que la EC, ha precisado que comprenderá también a un tercer sujeto, esto es al grupo organizado (2009, p. 190)

En la definición de este grupo organizado considerado en doctrina como el agente no estatal autónomo, se han emitido diversas expresiones para identificarlo, dentro de ellas, organizaciones políticas, grupos organizados, actos de los grupos organizados.

Habiendo quedado establecido sin mayor problema que uno de los sujetos activos de DF es el agente estatal, del cual no existe una problemática en cuanto a su comprensión, corresponde más bien analizar la información que está referida al ANE y al ANESV.

1.2.- Del Agente No estatal Vinculado al Estado.

Queda establecido que en la *doctrina clásica se considera a los agentes no estatales (ANE)* aquellos que sin tener vinculación directa con el Estado, no pertenecer a ningún organismo de éste, así como tampoco ostentar algún cargo o función pública que establezca relación con ese Estado, pero con autorización o aquiescencia, comete crímenes vulnerado derechos humanos; *es decir son sujetos calificados por tener un nexo de conexión con el Estado* (Carlos Mauricio López Cárdenas, 2017, p. 203). A quienes algunos autores los han identificado como los *agentes estatales indirectos* (Anderson Kirsten, 2006, p. 12), *es decir agentes privados que actúan con apoyo autorización o aquiescencia de aquel.*

Se ha analizado el sustento por el cual se está considerando al agente no estatal (ANE) como uno sujeto activo en la perpetración de estos ilícitos; determinándose que los Estados, ya no son los únicos sujetos del derecho internacional, sino que ahora los ANE forman parte de ellos, razón por la cual se determinó que también deben ser incluidos en los tratados internacionales; en razón de haberse advertido en la práctica que la vulneración de los DH, no sólo se cometía por los agentes estatales, como tradicionalmente ocurrió en muchos Estados, sino que las conductas criminales también fueron perpetradas por terceros en actuar en representación con apoyo, o aquiescencia de organismos o funcionarios públicos, valiéndose de ellos como un anexo o auxilio o complemento de su acción. (Philip Linghammar 2008, p. 16)

También se ha establecido que la oposición inicial para comprender a los ANE como parte de un actor en la vulneración de DH, ha sido por la preocupación de que al hacerlo ya no se pueda atribuir responsabilidad al Estado por sus acciones,

Se ha identificado que comprenden ANE a las organizaciones civiles creadas con apariencia de desarrollar fines específicos distintos a cometer estos delitos, grupos paramilitares, o grupos mixtos conformados por funcionarios del Estado en su calidad de miembros de las fuerzas militares de un Estado con terceros ajenos al Estado pero que colaboran activamente en la prosecución de las actividades, en estos últimos el agente estatal es quien actúa de instigador, a fin de que un tercero ANE, sea el brazo armado, o de sujeto de la acción acción quien aparezca como el responsable único de los crímenes y de esta manera eludir como Estado su responsabilidad en los hechos.

Así también se ha determinado que los ANE muchas veces son milicias, grupos paramilitares u otros grupos que actúan en connivencia del Estado. Aunque dichos grupos muchas veces desbordan el cumplimiento de las órdenes dadas por los AE, en cuyo caso sus acciones no serán consideradas como ANE, sino como agentes independientes, y como tal deberán asumir el resultado de sus acciones. Los ANE se generan de diversos vínculos pero los lazos más fuertes son aquellos que incluyen ayuda financiera o diversos tipos de asistencia, como lo que se ha sucedido en distintos países de Latinoamérica. Tal es el caso de Guatemala con la Patrullas de Autodefensa Civil, el caso de el Salvador, con las Patrullas de Autodefensa Civil en el Salvador, el caso de Perú con los Comités de Autodefensa conformados a partir de las Rondas Campesinas en Perú, los cuales fueron creados por dichos Estados mediante un acuerdo entre el gobierno y la población, con la finalidad de involucrarlos en acciones de defensa a favor del Estado.

Se ha visto que este componente se ha situado al límite entre el perpetrador y la víctima, al haber nacido con la actitud de derrotar a las fuerzas insurgentes y al mismo tiempo con una actitud de subordinación a las Fuerzas Armadas, que en muchos casos han logrado sus objetivos, colaborar activamente en el restablecimiento de la paz

Los cierto es que al haber cometido delitos de lesa humanidad, estos ANE han sido considerados por muchos como agentes perpetradores de violación de derechos humanos, aunque otros hayan justificado su existencia al catalogarlos como pacificadores, en tanto que ha sido la misma población que se ha levantado con autorización del gobierno para defenderse.

Los comités de autodefensa no han sido los únicos que han cometido estos delitos, como ANE, sino también los grupos paramilitares, los cuales han cometido atrocidades a nivel mundial. Estos ANE dirigidos por el Estado con la finalidad de eliminar y/o amedrentar opositores al gobierno de turno, o al sistema se crearon donde se han producido guerras internas; tal es el caso del Comando Rodrigo Franco, el Grupo Colina en Perú, la Alianza Anticomunista Argentina en Argentina que actuaron con dirección del Estado en vínculos estrechos y muchas veces con provisión de armamento, dinero, impunidad.

El sustento jurídico se ha contemplado en el artículo 8 del Proyecto de Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos *“Comportamiento bajo la dirección o control del Estado Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento”*

Y se ha visto plasmado en la CPI Artículo 7.2 i) Por *“desaparición forzada de personas se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia”*

Así como en la CPPIDF, el cual precisa que la desaparición forzada sea *“obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”*

Y la CIDFP que en su artículo ARTÍCULO II precisa *“cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”*

Se ha determinado que la valoración de la actuación del agente estatal en apoyo, o aquiescencia, se ha realizado en función a las reglas de imputabilidad del estándar de control de completa dependencia, bajo el estándar de control efectivo o bajo el control global; sustentándose en que el comportamiento que demuestren sus autores podrá ser imputable al Estado, en la medida del control que éste ha venido ejerciendo en sus actividades, reglas que se han desarrollado la Corte Penal Internacional de la Ex Yugoslavia, específicamente en el caso de Dusko Tadic, así como en la sentencia emitida por la Corte Internacional de la Haya en el caso los Contra Vs Nicaragua.

Inicialmente se determinó que la responsabilidad penal internacional de un ANE se valoraría bajo el control total o control de completa dependencia; sin embargo, en la práctica fue de difícil probanza en tanto y en cuanto los Estados utilizaban a los agentes no estatales entre todo, para evitar ser identificados como los instigadores y aquellos sólo un apoyo de sus políticas y acciones, significando que para determinar que se produce este control, es necesario determinar que el agente no estatal tiene total dependencia respecto de ese Estado.

Por ello se adoptó el estándar de control efectivo que según la jurisprudencia esta se acreditaría si es que se determina las acciones específicas que el Estado encomendó a dicho grupo o persona, en cuyo caso toda acción que esté fuera de la esfera de dichas indicaciones no

constituiría vínculo con dicho Estado, conforme se ha precisado en la sentencia emitida por la Corte de Justicia de la Haya en el caso de los contras Vs Nicaragua, ocurrida como consecuencia de encontrarse Nicaragua en manos del frente sandinista de Revolución Nacional, los opositores del gobierno formaron las Fuerzas Contra revolucionarias (los Contras) con la finalidad de desestabilizar al gobierno, imputándosele a los Estados Unidos, ser quienes venían subvencionando a los Contras proveyéndoles de armas, financiamiento entre otros, debiendo determinarse si sus actividades fueron autónomas al cometer vulneración de derechos humanos.

Al respecto la Corte de la Haya aplico el control efectivo con la finalidad de determinar que Estados Unidos podía ser responsable por actos de los particulares cometidos por los contras en violación del derecho internacional, y por ello sancionar a Estados Unidos como responsable por las atrocidades de los Contras, valorando el hecho en concreto desde la conformación de sus agentes, debido a que los Contras estaba conformado por dos categorías de individuos (Rafael Arturo Prieto San Juan 2005, pág. 454) por un grupo que eran militares ciudadanos norteamericanos, quienes actuaron bajo instrucciones específicas con supervisión de sus acciones; el otro grupo era aquel que no tenían el estatus de oficial de los Estados Unidos pero actuaron a órdenes de dicho órgano de ese Estado, actuaron pagados por a este grupo se aplicó el estándar de control efectivo para responsabilizar sus acciones a los Estados Unidos

Sin embargo el control efectivo resultó de difícil probanza, razón por la cual en la búsqueda de evitar impunidad en las responsabilidad penal internacional de ANE se creó un estándar más flexible, el control global o control general que consiste en una actividad de coordinación, relación directa y planificación con el ente por el cual se requiere únicamente cierto grado de control. Al tratarse de un grupo organizado si este se encuentra bajo el control global del Estado van a generar

inexorablemente una responsabilidad en el Estado, que para el caso las pruebas no son exigentes es bastante determinar el contexto histórico y político y valorar los sucesos para cada caso en concreto, estándar contenida en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional de la Ex Yugoslavia caso Tadic por la cual se condena a Dusko Tadic, en virtud del control global sin que se haya acreditado una coordinación o la ayuda en la planeación de dichas actividades militares en las cuales se perpetraron derechos humanos, generando ese solo hecho una responsabilidad estatal, sin que se exija necesariamente la acreditación de haber recibido órdenes o instrucciones, sin que sea necesario acreditar una permanencia en el control del Estado (Rafael Arturo Prieto San Juan 2005, pág. 450).

En la Jurisprudencia de la CIDH , no se ha adoptado claramente los estándares de control efectivo y/o control global (Felipe Medina Ardilla, 2016,P 101), sino que se ha orientado en el estándar de la diligencia debida, como la responsabilidad del Estado en la obligación de prevenir para evitar la vulneración de derechos adoptando medidas razonables en todos los ámbitos, tal es el caso de Masacres de Ituango Vs Colombia, por el cual se perseguía la sanción contra miembros de los grupos paramilitares quienes habrían cometido masacres en el pueblo de Ituango, y para ello el Estado dispuso el desplazamiento de los militares de dicha zona, quedando indefensos sus pobladores, así como haber permitido los abusos que cometían dichos grupos en presencia de miembros del Estado en la zona, siendo responsable el Estado por no haber implementado medidas de protección para sus pobladores habiéndose determinado que los miembros del Estado tenían pleno conocimiento de las actividades que dicho grupo realizaba.

1.3.- Del Agente No Estatal Sin Vínculo con el Estado.

Hemos determinado que la presencia de un tercer agente perpetrador de violación de derechos humanos al cual la doctrina lo ha denominado, el agente no estatal sin vínculo con el Estado (ANESV), surge como consecuencia de la aparición de cuatro fenómenos (Andrew Clapham 2006, p. 249) que han obligado a considerar la incursión en el derecho internacional de los derechos humanos.

El *primer fenómeno* es la Globalización de la Economía Mundial (Laura Iñigo Álvarez 2016, p. 3) con la aparición de grandes corporaciones que detentan una enorme cuota de poder diametralmente opuesta en cuanto a su mínima responsabilidad en el abuso de derechos humanos. Este fenómeno se aprecia claramente a través de las comunicaciones que ahora se producen en tiempo real por los gigantes de las comunicaciones, quienes transmiten a todo el orbe mundial de los nuevos sistemas, de los nuevos paradigmas, de los nuevos descubrimientos y desarrollo en todos los ámbitos, desconociendo las fronteras de un Estado, como desconociendo lo público sobre lo privado, información que viaja a una velocidad sin límites de tal manera que en tiempo real el más recóndito lugar puede estar informado de los grandes avances de las potencias mundiales. Con ello queda claro que la velocidad de la información ha erosionado los límites del poder de un Estado frente a los particulares (Andrew Clapham, 2006, 45), al desaparecer las barreras territoriales en cuanto a comercio, inversión y movimiento de capitales, lo que al mismo tiempo ha generado otros grandes problemas, como el terrorismo la delincuencia, la degradación del medio ambiente, el lavado de dinero el fracaso bancario, y el fraude los valores

El *segundo fenómeno* que genera la aparición de los ANESV, es la Privatización, que se inicia después del fin de la guerra fría y la caída de la unión soviética y con ello la privatización en estos países, lo que va en consonancia con liberalización del comercio mundial y la creciente política de los Estados de privatizar sus servicios, tales como la salud, educación prisión, agua, comunicaciones fuerzas de seguridad y

entrenamiento militar, y otros; surgiendo de ello los ANESV, y también las protestas contra estos, en su condición de agentes contratistas privados cuando desarrollan sus actividades privadas como detentadores de las cárceles, hospitales, y en toda empresa que pueda generar conflictos por abuso de poder en vulneración de derechos humanos, al mismo tiempo generándose con dicha privatización una reducción de su poder Estatal en esas áreas, originando que la brecha de AE y ANE sea mínima cuando se trate de vulneración de derechos humanos.

El *tercer fenómeno* que genera la aparición de los ANESV es el Aumento de los Conflictos Armados Internos que desencadenan la división de los Estados y el empoderamiento de los ANE como fuerzas insurgentes violadoras de DH. Comportamiento que ha sido regulado por el Derecho Internacional Humanitario el cual abarca los grupos armados de oposición y los ejércitos de liberación nacional, sin embargo no se ha regulado un mecanismo para determinar que se esté aplicando en los países donde ocurre estos conflictos, significando que todavía existe temor en muchos países en reconocer sus condiciones y con ello generar más reclamos de parte de estos grupos.

El *cuarto fenómeno* que genera la aparición de los ANESV es la Defensa de los Derechos Humanos de las Mujeres que ha sido planteado como una exigencia al Estado para perseguir y sancionar toda violencia contra la mujer provenga del ámbito público y en igual medida el ámbito privado se ha producido una feminización de los derechos humanos (Andrew Clapham 2006, p. 52) que resalta sobre todo, toda violación referida a la mujer en explotación en trata, en abuso laboral y prácticas tradicionales.

Se ha analizado como es que la necesidad de comprender a un ANESV se produce por la evolución de las relaciones entre los Estados y entre estos y organizaciones transnacionales. Apareciéndose tres enfoques para evaluar la asunción de la responsabilidad en la violación de

derechos humanos: El *primer enfoque* es la postura tradicional que se ha venido adoptado hasta hace pocas décadas, el cual propugna la necesidad de evaluar primero si es factible trasladar la responsabilidad total a dicho agente; debe ser el Estado quien la asuma la responsabilidad de los ANE en la vulneración de los derecho humanos, el sustento de quienes defienden esta postura, se sustentan en que el Estado es el único responsable porque tiene dentro de sus obligación proteger a los individuos ante cualquier vulneración de sus derechos humanos y porque detenta el poder de emitir leyes ante dichas amenazas. Este sector considera que por su naturaleza de Estado tiene suficiente potestad para sancionar a los ANESV (Andrew Clapham 2006, p. 53).

Los que niegan la posibilidad de considerar a los ANESV, como responsables se sustentan en que generaría vulneración en la internacionalización de los derechos humanos pues se estaría otorgando a estos una peligrosa legitimidad en tanto que podría debilitar la autoridad del Estado y restaría responsabilidad al Estado en sus obligaciones de defensa y responsabilidad de protección de los derechos humanos. Sin embargo con ese paradigma lo que hacemos es temer a que el hecho de reconocer la obligación que tiene los actores no estatales reste al poder Estatal que no tiene la misma potestad para aplicar sus leyes internas contra dichos actores, justifica la omisión de reconocer la responsabilidad de dicho actor para evitar entrar en un espacio desconocido que podría otorgar a dicho actor un status mayor

El *segundo enfoque* por el que se sostiene que el Estado como tal ha resultado insuficiente para contener con sus leyes el avance de otros actores como las empresas transnacionales o las instituciones internacionales como el FMI el BM u otros, que no están sujetas a ningún Estado, operan en diversos países, en virtud de una economía globalizada, en la que el comercio se deriva de explotación económica, de guerras civiles, en ese panorama, es necesario un cambio de visión

para encontrar la solución a los procesos contradictorios y fragmentados que estos actor internacionales realzan, se hace necesario entender un derecho global y una justicia transnacional. El surgimiento de estos actores, obligan a su regulación mediante una ley internacional que no esté limitada por las fronteras de los Estados, en ese contexto es evidente que no se puede persistir en la tradición de considerar al Estado como el único creador de leyes internacionales cuando es evidente que en este escenario mundial, se celebran acuerdos internacionales con dichos agentes.

Sin embargo es el *tercer enfoque* que es sostenido por un sector mayoritario entre ellos Andrew Clapham, por el cual se brinda la solución media al problema, al mantener el mismo planteamiento de ser el Estado convencional quien detenta la legislación en derecho internacional relativo a derechos humanos, que solo aplican a los Estados, sin embargo aporta este enfoque la posibilidad de aplicarse también a los ANE para los efectos de una interacción con dichos Estados en cuando al deber y el derecho establecido por el Estado relativo a la amenaza o vulneración de los derechos humanos internacionales, es decir lo que se persigue es que las normas internacionales sobre derechos humanos estén orientadas en comprender la responsabilidad de los ANE, sin desconocer la responsabilidad del Estado (2006 pág. 51).

El agente no estatal en la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas

Se ha determinado que el agente no estatal sin vínculo ha sido comprendido en el Artículo 3 de la CIPDFP *“Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables”* artículo que es complemento del artículo 2 del mismo cuerpo jurídico; en el que se

aprecia que este instrumentos ha comprendido al agente estatal sin vínculo con el Estado, precisando de manera extensiva, a las personas o grupos de personas las cuales son agentes de este ilícito y lo realizan por cuenta propia, es decir no han sido coordinados dirigidos, o autorizados por el Estado o han actuado conjuntamente con agentes del Estado, dispone el mencionado instrumento la necesidad que tienen los Estados partes para realizar dichas investigaciones en congruencia con los agentes que se encuentran contenidos en el artículo 2 del mismo instrumento.

Hemos establecido que esta postura que ha adoptado la CIPDFP, tiene su fundamento en el desarrollo de la exposición de motivos, que ha sido realizado por los grupos de trabajo, producto de diversas reuniones en los cuales se apreció posturas contra puestas; por un lado un sector considera que únicamente son comprendidos los supuestos de agentes del artículo 2 y otro sector que consideró se comprenda a dicho agente sin vínculo, el que ha sido consignado en el artículo 3.

Determinándose que el antecedente para la emisión del artículo en comento, se ha sustentado en el Informe de trabajo E/CN.4/2005/66 10 de marzo de 2005, que aborda la problemática de identificar quienes pueden ser considerados sujetos activos del delito; habiendo consensuado inicialmente que se debe considerar al agente estatal, identificándolo como aquel agente que desarrolla funciones públicas, y posteriormente planteado la ampliación de la definición en el sentido de abarcar también a los agentes no estatales, ello en sustento de que no eran los únicos sujetos de derecho internacional; dejando sentado que la inclusión del ANE, no enerva la responsabilidad que el Estado debe asumir y que aún con su aparición quedaba vigente. Incluso un grupo de ellos señalo que se debería considerar taxativamente las obligaciones a los que se hace pasible el Estado con el accionar de los ANE, justificados en que dicha delimitación generaba su cuota de responsabilidad.

Así también se ha sustentado en el informe de trabajo E/CN.4/2004/59 23 de febrero de 2004 en la que igualmente un sector considero que únicamente debe considerarse sujeto activo a quien tiene la calidad de funcionarios públicos, al igual que en la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, inhumanos o Degradantes, al mismo tiempo reconocer la inclusión de las organizaciones políticas; postura que fue aceptado por un sector de delegaciones y rechazado por otro sector, quienes sostenían que además de grupos armados considerados ANE, deberían ser toda organización y los particulares Al respecto se planteó la posibilidad de incluir a las organizaciones políticas autónomas; sin embargo surgió el debate que ello generaría modificar el esquema tradicional de responsabilidad que descansa en el Estado, en materia de derechos humanos; sin embargo su inclusión obedeció al hecho que es necesario reconocer que existen ANE perpetradores de este crimen y ello no enerva el hecho que el Estado también deberá asumir su responsabilidad por dichas acciones.

Habiendo sustentado las delegaciones conformantes de los grupos de trabajo que debe de tenerse en cuenta lo preceptuado por el derecho Internacional Humanitario, en el sentido que se equipare a dichas organizaciones o grupos que tienen el control efectivo de una parte del territorio de dicho Estado, así como también se considere a las personas que actúen fuera de una autoridad directa o indirecta, y el Estado asuma responsabilidad por la defensa de los derechos humanos

De lo que se ha determinado que las conclusiones a las que arribaron los grupos de trabajo al respecto han concluido que es una realidad la presencia de las organización políticas como agentes no estatales autores de este crimen, es por ello que su inclusión persigue la sanción de dicha conducta cometida por los ANE, razón por la cual la inclusión de dicha organización se ha mantenido en su tipificación sin ser suprimida añadiendo el nuevo párrafo el que precisara que todo Estado

podrá adoptar las medidas análogas en estos casos, en los que no existe un vínculo con el Estado que se desarrollen fuera de su ámbito y control, dejando sentado que esta postura plasmada en el instrumentos internacionales, no modifica ni influye en la responsabilidad Estatal primordial de protección de los derechos humanos.

El agente no estatal en el Estatuto de la Corte Penal internacional.

Se ha determinado que el agente no estatal sin vínculo ha sido comprendido en el Artículo 7. i I del Estatuto de la Corte Penal Internacional (EC) al precisar: “ *se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas*” del cual se desprende que este instrumento ha comprendido expresamente al agente estatal sin vinculo al mencionar la organización política o con su autorización, es decir la organización política *per se* sin necesidad de que se haya acreditado un vínculo con el Estado o haya actuado con autorización apoyo o aquiescencia, este ANESV que contempla este instrumento tiene una calidad específica de ser una organización, con lo que determina que no pueden considerarse como sujetos agentes, individuos particulares o cualquier persona, sino que deberá tener la calidad de conformar parte de una organización, con lo cual el EC ha adoptado una posición intermedia al no incluir a toda persona, lo cual si bien consonancia con lo precisado en el artículo 2 y 3 de la CIPDFP, esta última ha adoptado una posición extensa y abierta en cuanto a la identificación del ANESV. (Kirsten Anderson)

Se ha determinado que la organización política para los efectos del presente instrumentos comprende movimientos de liberación nacional, grupos guerrilleros, partidos políticos e inclusive terroristas quienes están relacionados con actividades políticas, pero excluyendo a grupos

criminales como los que conforman mafias, o delincuencia organizada, quienes tienen una orientación a intereses estrictamente económicos y no tienen enfoque político, lo cual se evidencia en la precisión de que se trata de grupos relacionados con actividades políticas . En esta gama de organización surge aquellas que aún sin tener un fin estrictamente político, son responsables de estos delitos, los cuales los desarrollan en un contexto de ataque sistemático y generalizado y que se encuentran comunicadas y organizada con partidos políticos o grupos políticos, organizaciones que según un gran sector debe considerarse como actividades de organización política (Philip Linghammar p. 17).

Analizando las posturas adoptadas tanto por los instrumentos internacionales en comento, como en lo vertido por diversos autores al respecto, concluimos que resulta amparable la inclusión del agente no estatal en dichos instrumentos dada la redacción advertida donde taxativamente se evidencia su inclusión; sin embargo existiendo consideraciones distintas en cuanto a considerar a este agente a la organización políticamente y otros en considerarlo también a la persona individual; con lo señalado líneas arriba consideramos que se debe considerar como agente no estatal autónomo a la organización política, tal como lo precisa el EC, considerando sus características, de ser un grupo organizado con estructura institucional y capacidad de canalizar y coordinar al interior de dicha estructura la información respecto de sus acciones, específicamente de la desaparición de personas, para que a partir de allí se produzca el deber que tiene dicha estructura política de informar sobre el destino de la víctima.

1.3.1.- La no Información en el Agente no estatal autónomo.

Del análisis que se ha realizado respecto a la no información sobre la privación de la libertad de la víctima, se ha determinado que esta omisión se produce por la obligación que nace del deber legal de

proporcionar la información de manera clara, expresa y directa, el agente encontrándose en facultad de realizarla, se niega a cumplir con dicho requerimiento, con la finalidad de sustraerlo de la protección de la ley.

Esta no información del paradero de la víctima por quienes tengan el deber de otorgarla está debidamente sustentada en cuanto el sujeto agente sea un agente del Estado, porque es el Estado por medio de sus agentes quien niegue dicha información, posición universal que ha sido una postura mayoritaria de las legislaciones latinoamericanas quienes inicialmente han considerado únicamente a este agente como el único agente perpetrador del crimen, fundamentándose en que tiene un deber específico de colaboración y su negativa generaría encubrimiento,; sin embargo los instrumentos internacionales avanzaron considerando también a los ANE que actúan con aquiescencia de ese Estado, tal como lo preciso la CIDH en el caso Gómez Palomino Vs Perú, cuando analizó las deficiencias del artículo 320 del Código Penal Peruano, en el que considero que también se comprende al ANE con vínculo con el Estado, a quien se le debe considerar *autor indirecto* (Kai Ambos, 2009, p. 222), o como otros autores, lo han considerado cómplice en virtud del título de imputación (Ivan Meini, 2009, p. 123)

Es decir en la doctrina y jurisprudencia ha quedado determinado que el delito de desaparición forzada tiene el carácter de delito especial porque será cometido por quien tiene la obligación en virtud de su deber especial de otorgar dicha información, conforme lo señala Pablo Galain Palermo se trata de un delito de omisión impropia en el cual existe un deber de garante creado a partir de un deber especial extrapenal que surge del papel de funcionario o asimilable a funcionario (2009, p. 136).

Habiendo analizado que en cuanto al agente no estatal sin vínculo con el Estado se ha planteado el problema de determinar la imposición del deber de cumplir con el deber de informar sobre el paradero del desaparecido, o entregar información sobre la privación de la libertad, si está actuando independientemente del aparato estatal, y se entiende que para la configuración de la DF, se requiere el elemento de la no información, desde el ámbito de una infracción de deber, por lo cual el agente tiene el deber por razón de su cargo de proporcionar dicha información sobre la víctima.

Así como se ha planteado el problema de entregar la información, cuando se trata de un agente no estatal sin vínculo con el Estado que como particular lo haga y que su declaración conlleve asimismo autoincriminación, en el sentido que declarar el destino de la víctima resultaría un contrasentido al principio de no autoincriminación y al derecho de defensa de guardar silencio en tanto que la obligatoriedad de dicha norma, al mismo tiempo generaría el reconocimiento de su proceder delictivo.

Determinándose que el elemento de no información o falta de información tratándose de ANESV en concordancia con el EC, comprende una organización política, sin que necesariamente pertenezca o sea parte o tenga vínculo con la estructura Estatal o actúe con la autorización o aquiescencia de aquel, coincidiendo que también hace alusión a este tipo de agente estatal la CIPDFP en el artículo tres, por lo cual al abordar el elemento de falta de información deja en claro que el agente no estatal con aquiescencia que omita la información sobre circunstancias de la privación o exprese su negativa a proporcionar su paradero comete la conducta descrita. Y en cuanto al agente estatal sin vínculo que omita dicha comunicación sin que llegue a incurrir en autoincriminación se sustenta en el planteamiento de la teoría alemana de la desaparición forzada el cual sustenta la responsabilidad del agente no estatal al desarrollar una conducta por *encargo*, es decir con la participación de una

organización política, o cuando incumple un deber jurídico (Kai Ambos, 2009, p. 233).

Determinamos en atención a lo expuesto y tomando como base los dos de los instrumentos internacionales más importantes en esta materia como son la CIPDFP y EC en concordancia con reiterada jurisprudencia internacional e incluso legislación comparada (Colombia), han considerado taxativamente como sujeto activo del delito al agente no estatal sin vínculo con el Estado, que es factible considerar que está debidamente sustentado que el agente no estatal organización política pueda y deba cumplir con la exigencia de informar respecto de la privación de la libertad y/o el paradero de la víctima, por tener todas las calidades para ser considerado como tal, sin que esta exigencia configure una suerte de autoincriminación en su cumplimiento, en tanto se toma como punto de partida la organización como una estructura similar a la que tiene el Estado para obligar a su organización a cumplir con su deber jurídico..

Si tomamos como base lo expuesto por Kai Ambos en el sentido que el agente no estatal vinculado al Estado asume su calidad de sujeto agente en virtud de una absorción del deber de cumplir con una función pública es decir actuar por encargo de un Estado, y con ello asumiendo posición de funcionario público obligado por ende a actuar en función al correcto funcionamiento de la institución pública y en protección de los derechos que está obligado por la posición que ha asumido (Ibidem).

Así como también asume su calidad de sujeto agente por obligación de *cumplir un deber jurídico* el cual se sustenta en haberse puesto en concordancia y aceptación de dicha política viendo comprometido con los deberes jurídicos que ostenta un funcionario público.(2009, p. 235)

En igual sentido el individuo que conforma la organización política que tiene dentro de sus actividades dicha desaparición forzada y

asume su actividad como parte de dicha organización , esta organización política se equipara al aparato estatal, debidamente conformado, estructurado, jerarquizado, del cual nace el deber de información de sus integrantes a cumplir con entregar la información como una figura similar al deber de información de los agentes estatales en tanto se ha considerado como un delito de infracción de deber.

1.3.2.- De la Responsabilidad del Estado en el Agente No estatal autónomo

Se ha determinado que se han producido dos escenarios en los cuales se configura la responsabilidad internacional de un Estado; por un lado cuando el Estado es cómplice o tolera las violaciones de derechos humanos, mediante acción u omisión. El otro escenario se da cuando se advierte que el Estado no ha sido suficientemente diligente para prevenir y reprimir los actos violatorios de agentes no estatales, es en este último caso en el que la línea divisoria del agente no estatal con vínculo y/o sin vínculo se hace imperceptible, el Estado deberá acreditar que cumplió con garantizar la protección de sus derechos así como la imposibilidad de tener conocimiento de tales actos violatorios (Felipe Medina Ardilla, 2016, p. 101)

La responsabilidad Estatal ha sido una constante en legislación y toda la jurisprudencia internacional; al respecto tenemos lo preceptuado por REPII, el cual en su artículo 9 señala *“comportamiento en caso de ausencia o defecto de la autoridades oficiales. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional, el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esta persona o ese grupo de personas ejerce de hecho atribuciones del poder público en ausencia o defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el*

ejercicio de atribuciones". De lo que se desprende que se cómo requisitos están la relación directa con el ejercicio del poder público con ausencia o defecto de sus autoridades y ante la necesidad de su presencia.

Igualmente tenemos lo sostenido por la Corte Interamericana de Los Derechos Humanos quien en el caso *Velásquez Rodríguez* responsabilizó al Estado por el accionar de un particular que no tenía ningún vínculo con dicho Estado al sostener que “ *..un acto ilegal que viola los derechos humanos y que es inicialmente no directamente imputable a un Estado puede llevar a la responsabilidad internacional del Estado, no por el acto en sí, sino por la falta de debida diligencia para prevenir la violación o responder a ella según lo requerido por la Convención*”.

Como también se ha advertido del pronunciamiento de la CIDH quien en el caso de *pueblo bello vs Colombia*, ocurrida en 1990, luego de que el Estado Colombiano favoreciera la creación de Comités de Autodefensa, identificados como grupos paramilitares, un grupo de ellos de aproximadamente sesenta personas extralimitándose en su accionar, irrumpieron en el corregimiento Pueblo Bello, saqueando, secuestrando, matando y desapareciendo a cuarenta y dos pobladores, sin que se haya podido determinar que dichas acciones han sido conocidas por el Estado; no obstante ello la CIDH, en la sentencia del 31 de enero del 2006, se pronunció considerando responsable al Estado de los sucesos, en razón de no haber *adoptado la debida diligencia* para evitar que estos hechos se hubieran llevado a cabo, habiendo puesto en riesgo a la población con la creación de dichos grupos de Autodefensa del que era previsible su accionar.

Pronunciamientos de la CIDH que determinan responsabilidad en el Estado por no haber actuado a fin de prevenir estas violaciones o

castigar a los responsables, determinando que la responsabilidad internacional de ese Estado se sustenta en la falta de diligencia para prevenir la violación o para dar una respuesta ante los requerimientos suscritos en la Convención (Silvia Danailov, 1998, p.. 17)

Así como se ha plasmado en los pronunciamiento emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Alí Osman versus Reino Unido*, ocurrido el 07 de marzo de 1988, con la muerte de Ali Osman y la agresión a su hijo menor Almet Osman por parte de Paul Paget Lewis, quien venía coaccionándolos, atribuyéndose una amistad con el menor que era rechazada por su familia, siendo de conocimiento de la escuela Homerton House donde cursaba estudios y el agresor Paul Paget era profesor; persecución permanente hacia el menor agraviado que culminaron con la muerte de su padre Alí Osman por parte del agresor Paul Paget, por lo cual el Tribunal, determinó responsabilidad en el Estado, por la negligencia policial de no haber ejercido sus funciones y permitir que los agraviados se encuentren indefensos frente a las continuas amenazas de las que eran objeto por parte del agresor, sin haber realizado las investigación o hayan considerado que las acciones de este sean criminales, salvaguardando el interés del menor y su familia. (caso Osman vr Reino Unido Tribunal de Derechos humanos 87/1997/871/1083)

En igual sentido el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Hasan Kaya Vs Turkey*, ocurrido el 23 de febrero de 1993, con la muerte del médico Hasan Kaya y su amigo el abogado Metin Can quien a menudo auxiliaba a activistas kurdos y en dicha fecha fue auxiliar a un luchador herido PKK, escondido a las afueras del lugar, habiendo sido asesinados y desaparecidos y no obstante no haberse determinado individualmente al autor directo del crimen, recayendo la responsabilidad en dicho Estado, en tanto que adoleció su política en falta de prevención, así como se valoró el hecho de que

se advirtió riesgo de violencia para las víctimas sin que se hubiese adoptado los mecanismos suficientes para contrarrestarlas.

Determinándose que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sancionando casos de autoría de estos delitos, en el que el autor es una persona indeterminada, por ende más allá de la vinculación con el Estado, en ese sentido el fundamento de atribución de responsabilidad al Estado es el hecho de que debió de tener conocimiento por los antecedentes de las víctimas y debió ejercer su poder en la prevención, desarrollando acciones positivas y palpables que justifiquen su accionar en defensa de los derechos humanos de estas personas. Por lo que el análisis del TEDH se ha circunscrito en verificar si es que ese Estado ha adoptado reales medidas de prevención y de protección frente al riesgo suscitado, esto es si el Estado ha actuado con diligencia debida. Por lo tanto aun cuando no se ha probado que el Estado tenga una directa participación en los sucesos, si corresponde responsabilizarlo desde la óptica de las acciones que debió de realizar con la finalidad de impedir dichos sucesos.

Es a través de la diligencia debida que se le exige al Estado un fortalecimiento de la protección de los derechos humanos, como una excepción al principio de unidad estatal para determinar la responsabilidad del agente no estatal, a través de la prevención y la sanción.

En ese sentido la prevención que se le exige al Estado es a efectos de que adopte mecanismos con la finalidad de evitar que los particulares vulneren los derechos fundamentales, resultando necesario conocer el riesgo inminente que tuvo la víctima de la vulneración de su derecho, ello es factible si se trata de una violación sistemática o generalizada, la situación específica de vulnerabilidad de la víctima. Así como las medidas adoptadas para contrarrestarlas, sustentando en el deber de

sanción que tiene todo Estado ante la vulneración de los derechos humanos de las víctimas, que los obliga a utilizar todos los medios posibles para perseguir y sancionar la agresión.

2.- la Desaparición Forzada en el Perú en Observancia de los Estándares Internacionales.

Hemos analizado que el delito de desaparición forzada en el Perú se introdujo con el proceso de reforma y discusión de un nuevo Código Penal a inicios de la década de los noventa, esto es con la dación del Código Penal de 1991 (Diario Oficial “El Peruano”. Exposición de motivos del Código Penal de 1991, promulgado por Decreto Legislativo N° 635) en su Capítulo II previsto para los delitos de Terrorismo y dentro del Título dedicado a los delitos contra la Tranquilidad Pública tipificó el delito en el artículo 323 en los siguientes términos: *“El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenado o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación”*.

Determinándose que luego de la ruptura del orden constitucional el 5 de abril de 1992, mediante Decreto Ley 25475 el gobierno de facto derogó los artículos del Código Penal que tipificaban el delito de Terrorismo (artículo 22), entre ellas, la desaparición forzada. Con fecha 2 julio de 1992 se dictó el Decreto Ley 25592, que volvió a penalizar esta conducta de esta manera: *“El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación, conforme al artículo 36 incisos 1 y 2 del Código Penal”*.

Posteriormente con la dación de la ley N° 26926, se agrupó en un solo título autónomo denominado “Delitos contra los Derechos Humanos” diversas figuras delictivas como el genocidio, la tortura y la desaparición forzada. Con buen criterio el legislador sostuvo que dicha decisión era recomendable por razones de técnica legislativa y por la entidad del bien jurídico tutelado: los derechos humanos, que enumera en forma incompleta al referirse sólo a la identidad e integridad personal, pero que en todo caso representa un reconocimiento de la importancia de los derechos y bienes jurídicos afectados por dicha práctica reconocida como delictiva.

Determinándose que el Artículo 320 del Código Penal antes de su última modificatoria (del 07 de enero del 2017), la DF, consideraba únicamente como sujeto activo, al agente estatal, excluyendo al agente no estatal con vínculo con el Estado, esto es, el que realizada la acción con apoyo, consentimiento o aquiescencia de aquél, generando impunidad por los actos de DF cometidos por otros agentes como los ronderos o los Comités de Defensa.

Asimismo se ha analizado que la exigencia que sea “debidamente comprobada” no tiene precedente en la legislación internacional, que alude a la necesidad de agotamiento de trámites policiales y administrativos para la ubicación del paradero del desaparecido, imponiendo con ello al denunciante una previa actividad probatoria absolutamente absurda dada la propia naturaleza clandestina de la práctica, que algunos podrían considerarlo como presupuesto de punibilidad, lo cual generaría impunidad.

Se ha determinado que la doctrina Nacional mayoritaria, sentó posición en cuanto a considerar que se trata de un delito especial propio en tanto los autores o sujetos activos sólo pueden ser funcionarios públicos; lo cual a decir de Quintero Olivares implica una limitación de la esfera de la autoría, no importa la absoluta impunidad de la eventual participación de un particular en tanto que éstos podrían ser procesados ya sea como cómplices

del mismo delito o autores de un delito común (secuestro, homicidio, etc.) (2002, p. 186).

Se ha determinado que antes de la modificación del artículo 320 del Código Penal (modificado el 07 de enero del 2017), la DF, no tomó en cuenta los instrumentos internacionales de nivel regional como La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas suscrita el 8 de enero de 2001, ni las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

Así como tampoco las diversas sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre desaparición forzada, entre ellas la sentencia en el caso Gómez Palomino Vs. Perú del 22 de noviembre de 2005 y la Sentencia en el caso Anzualdo Castro vs. Perú del 22 de septiembre de 2009, debido a que las mencionadas analizan la tipificación del delito de desaparición forzada en el Perú advirtiendo serias falencias en cuanto a la inobservancia de los estándares internacionales, que deviene en la imposición de sanción al Estado Peruano por desaparición forzada, otorgándole un plazo razonable para que proceda a modificar el artículo 320 del C.P., tomando en cuenta las normas internacionales.

Hemos analizado que tampoco se tomó en consideración la tipificación de la Desaparición Forzada en los instrumentos Internacionales como la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992, la Convención Internacional de Desaparición Forzada y el Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado el 17 de julio de 1998, al no anteponer necesidad de que los Estados comprendan en sus legislaciones elementos concurrentes precisados en dichos instrumentos, así como los diferentes grados de obligatoriedad, para definir sus consecuencias.

Se ha determinado que en la actualidad, mediante Decreto Legislativo N° 1351 (07-01-17), se ha modificado el artículo 320 del C.P. estableciéndose un nuevo texto para el delito de desaparición forzada de personas, con lo que el Estado Peruano ha avanzado en la concordancia de su legislación con los fundamentos internacionales: “El funcionario o servidor público, o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que de cualquier forma priva a otro de su libertad y se haya negado a reconocer dicha privación de libertad o dar información cierta sobre el destino o el paradero de la víctima, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de treinta años e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1) y 2)”.

La pena privativa de libertad es no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años, e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1) y 2), cuando la víctima:

- a. Tiene menos de dieciocho años o es mayor de sesenta años de edad.
- b. Padece de cualquier tipo de discapacidad.
- c. Se encuentra en estado de gestación.

La nueva redacción típica introduce como novedad ciertas circunstancias agravantes que no están contenidas en los tratados internacionales que han servido de fuente para la tipificación del delito de desaparición forzada, referidos a condiciones personales como que la víctima tenga menos de dieciocho años o sea mayor de sesenta años de edad, padezca de cualquier tipo de discapacidad o se encuentre en estado de gestación. Circunstancias sobre-criminalizadoras que se manifiestan inorgánicas, limitativas e incompletas, ya que existen otros supuestos igualmente trascendentes que se pueden tomar en cuenta para agravar el delito.

Si bien se ha avanzado en la tipificación del delito de desaparición forzada en cuanto a los tres elementos que la conforman; cabe señalar que en

cuanto al sujeto activo del delito sólo se avanzó de considerar al agente estatal a considerar también como sujeto activo del delito al agente no estatal que actúa con consentimiento apoyo o aquiescencia de aquel; sin embargo consideramos que no se está considerando al agente no estatal que no tiene vínculo con el Estado o con uno de sus órganos, es decir no se ha considerado a la organización Política, habiéndose zanjado en doctrina que configuraría como un sujeto agente dicha organización cuando cuenta con estructura con ciertas características similares a la estructura estatal que permita la obligación de entregar información.

No habiéndose tomando en cuenta el contenido del Estatuto de la Corte Penal Internacional (EC) el cual en su artículo 7.i señala: *“se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas”* del cual se desprende que ha comprendido al agente estatal sin vínculo, precisando que se trata de la organización política o con su autorización, delimitando la calidad de sujeto agente sin vínculo con el Estado únicamente a organizaciones políticas, es decir grupos organizados relacionados con actividades políticas.

Como tampoco no se ha tomado en cuenta La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas, en su Artículo 3 al señalar *“Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables”* del que se desprende claramente que este instrumento ha comprendido al agente estatal sin vínculo con el Estado, precisando de manera extensiva, a las personas o grupos de personas las cuales son agentes de este ilícito y lo realizan por cuenta propia, es decir no han sido coordinados dirigidos, o autorizados por el Estado o han actuado conjuntamente con agentes del Estado, dispone el mencionado instrumento

la necesidad que tienen los Estados partes para realizar dichas investigaciones en congruencia con los agentes que se encuentran contenidos en el artículo 2 del mismo instrumento.

3.-De la Jurisprudencia Nacional en el Delito de Desaparición forzada

A fin de apreciar la valoración probatoria en aplicación de los estándares internacionales en la emisión de las sentencias sobre Desaparición Forzada que ha realizado el operador del Derecho, se analiza todas las sentencias sobre Desaparición Forzada que se han expedido durante los años 2004 al 2008 por la Sala Penal Nacional, en ese sentido se precisa lo siguiente:

Expediente Nro. 105 – 2004 Caso Desaparición de la Autoridades de Chuschi.

Sentencia condenatoria de cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por tres años, en la causa seguida contra Domingo Morales Ampudia (Reo Libre) por delito contra la Humanidad – Desaparición Forzada en agravio de Manuel Pacotaype Chaupin (Alcalde), Martín Cayllahua Galindo (secretario de dicha Comuna) , Marcelo Cabana Tucno (Teniente Gobernador) e Isaias Huamán Vilca (poblador), del cinco de septiembre del dos mil ocho

Hechos del catorce de marzo del 1991 consistentes en el allanamiento de diversos domicilios realizados por las fuerzas policiales, en Chuschi, (Provincia de Cangallo, Departamento de Ayacucho) habiéndose allanado el domicilio de Manuel Pacotaype Chaupín Martín Cayllahua Galindo, Marcelo Cabana Tucno e Isaías Huamán Vilca, los cuales fueron aprehendidos aparentando una supuesta incursión de elementos terroristas para cuyo efecto hicieron detonar cargas explosivas y disparos con armas de fuego,

siendo posteriormente conducidos al Puesto de Control Territorial de Chuschi donde permanecieron hasta el día siguiente en que fueron entregados a militares y conducidos al Cuartel Militar de Pampa Cangallo, a donde llegaron sus familiares solicitando se les informe de su paradero, sin que hayan recibido ninguna información.

La sentencia aborda el estudio de la teoría del delito desarrollando tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, así como la tipicidad subjetiva, desarrollando el dolo y sus elementos cognitivo y volitivo. Describe el tipo penal previsto en el artículo 320 del Código Penal precisándolos dos elementos objetivos del tipo penal, alejando de esta manera del contenido del artículo 320 del Código Penal vigente en ese momento, considerando: a) la privación de la libertad de una o más personas cualquiera sea su forma y b) la falta de información o la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona. Sin embargo en cuanto a la identificación del autor del delito, refiere únicamente como presupuesto su condición de agentes del Estado, sin considerar las organizaciones políticas, terceros con aquiescencia de aquéllos, precisa al bien jurídico. En cuanto al bien jurídico hace referencia a *“violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos universalmente”* sin ahondar para el caso en concreto los derechos afectados ni mencionar la vulneración de la personalidad jurídica

No cita a los instrumentos internacionales en los que el Perú es parte y son de materia específica sobre la Desaparición forzada, pero se sustenta en jurisprudencia supranacional, al citar el Expediente 2488-2002HCTC (caso Villegas Namuche) para efectos de sustentar la continuidad del delito en el tiempo, teniendo en cuenta que este Delito entró en vigencia desde abril de 1991 y los hechos ocurrieron en el mes de marzo del mismo año.

La sentencia condenatoria contra Domingo Morales Ampudia es en calidad de cómplice secundario por haber tenido calidad de subalterno del sentenciado Luis Mariano Juárez Aspiro – ambos miembros de la Policía Nacional y haber prestado dolosamente asistencia para la realización del

delito al haber incursionado en el domicilio de los agraviados deteniéndolos arbitrariamente entregándolos a una patrulla militar, desconociéndose su paradero desde esa fecha

Hemos considerado que la pena impuesta fue diminuta, aunque el Superior Colegiado en apelación la efectivizó en pena privativa de libertad efectiva. Los hechos se han valorado aisladamente y no se ha realizado en un contexto de organización, con un patrón de conducta que venía desarrollándose en la zona, destinada a obligar mediante la amenaza o la violencia a los pobladores a conformar las rondas campesinas, a todo poblador sin excepción –como en el presente caso- ser representantes del Estado en dicha zona. Lo cual determina que su accionar no era a título de cómplice secundario, sino el primer eslabón de la organización destinado a captar pobladores para el proyecto de ronderos de la zona. Si se tiene en cuenta que para el año de 1991, la ONU en su visita inspectiva ya había emitido diversos pronunciamientos por casos similares de múltiples desapariciones de personas

Expediente Nro. 111 – 2004 Caso Desaparición de estudiante de la Católica-Castillo Paez.

Sentencia condenatoria contra Juan Carlos Mejía León, (16 años de pena), Manuel Santiago Arotuma Valdivia a (15 años), Carlos Manuel Depaz Briones a (15 años), Juan Fernando Aragon Guivovich a (15 años) y absueltos Guido Felipe Jimenes del Carpio, Dany James Quiroz Sandoval, Jaime Alfredo Melchor Vivanco, Juan Jose Quiroz Zarate, Marco Antonio Huarcaya Sigual, Alex Pianto Sono, Jorge Luis Beltran Soto, Hector Abed Cabrera Arriola, Carlos Rodriguez Flores, Antonio Lopez Trujillo, Atanulfo Zamora García y Víctor Eduardo Marquina Alvarado por el delito de

Desaparición Forzada en agravio de Ernesto Castillo Paez, del 20 de marzo del 2006

Hechos del 21 de Octubre de 1990 cuando Ernesto Castillo Paez, se encontraba transitando por las vía pública, inmediaciones de la manzana K lote M grupo 17 segundo sector Parque Central del distrito de Villa el Salvador en Lima, instantes en que se acababa de producir un atentado terrorista por las inmediaciones del Mercado 24 de junio, fue intervenido por efectivos policiales con boinas rojas, conformados por los procesados, habiendo procedido a aprehender al estudiante Castillo Paez introducido a la maletera del vehículo quien desapareció del lugar de los hechos sin haber sido encontrado hasta la fecha.

La sentencia aborda el carácter de vulneración múltiple del bien jurídico protegido la libertad, la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido, además le coloca en un estado de completa indefensión acarreado otros delitos conexos. Hace referencia a diversos instrumentos internacionales sobre la materia que lo diferencian del secuestro y cita la Sentencia caso Villegas Namuche.

Hemos considerado que la mención de dos instrumentos internacionales ha sido de manera genérica, no ha desarrollado detenidamente el tipo penal desde sus componentes tipicidad, antijuricidad y culpabilidad y la subsunción de los hechos, a la luz de los instrumentos internacionales y la jurisprudencia supranacional. No ha sustentado la imprescriptibilidad del delito teniendo en cuenta que los hechos datan de 1990 y la sentencia del 2006, no se ha precisado a los sujetos activos sus familiares.

Se aprecia que la sentencia ha valorado la prueba indiciaria cuando valora los indicios de presencia por haberse probado que el oficial estuvo en el lugar de los hechos, su tribulación y atribuírsele posición y poder de mando, indicio de actitud sospechosa *“por la conversación escuchada por el testigo,*

Belleza Napan de los efectivos policiales cuando lo detiene y discuten donde lo iba a llevar ya que habían perdido ya a un detenido la actitud de Mejía León en la Comisaria de Villa el Salvador por señalar traer a un terrorista vivo era traer a un terrorista victorioso, lo pateo y le rastrillo el arma en la sien al detenido que el Danny Quiroz Sandoval había conducido a dicha Comisaria” (Una sentencia histórica, IDL)

AÑO 2005

Expediente Nro. 22 – 2005 Caso Desaparición de ex Teniente de reserva del Ejército del Perú.

Sentencia condenatoria contra Julio Hernán Ramos Alvarez (8 años) y abosolutoria contra Jorge Enrique Ortiz Mantas o Jorge Ortirz Mantas y Gumercindo Zambrano Salazar por el delito contra la Humanidad – Desaparición Forzada en agravio Marco Roberto Barrantes Torres (ex teniente de reserva del Ejército del Perú) del 09 de marzo del 2010.

Hechos del 18 de marzo de 1998 en que el agraviado Marco Roberto Barrantes Torres, ex teniente de reserva del Ejército del Perú fue privado de su libertad y posteriormente desaparecido por miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército Peruano y llevado a las instalaciones del SIE (Pentagonito) por los procesados como parte del Plan Lucero que investigaba la red de espionaje existente en nuestro País en el año de mil novecientos ochenta y ocho, que vendía información clasificada.

Hemos considerado que no ha abordado el carácter de vulneración múltiple del bien jurídico protegido como la integridad personal, la vida, la libertad personal, entre otros. No ha mencionado los instrumentos internacionales sobre la materia no se ha pronunciado por el elemento del sujeto agente en el delito, considerando el Estatuto de Roma. No ha desarrollado los elementos del tipo penal de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad ni el

elemento subjetivo y la subsunción a partir de allí. No ha sustentado la imprescriptibilidad del delito teniendo en cuenta que los hechos datan de 1998 y la sentencia del 2010, no se ha precisado a los sujetos activos sus familiares.

Sin embargo la sentencia ha valorado debidamente la prueba indiciaria cumpliendo con identificar y sancionar al responsable. En cuanto a Harry Esteban Rivera Azabache por su accionar de posición de garante del agraviado privado de su libertad en los calabozos delimitado la responsabilidad de Ramos Álvarez por los indicios recolectados (haber trabajado en el SIE, haber utilizado el vehículo del SIE para la búsqueda del agraviado, por haber proporcionado información del agraviado como si estuviera de viaje en la ciudad de Arequipa que se encontraba bien y que lo había visto en Arequipa.

Expediente Nro. 38 – 2005, Caso Quispe Pillaca.

Sentencia absolutoria contra Carlos Armando Bardales Angulo, Marino Nemesio Ambia Vivanco y el contumaz Javier Augusto Culquicondor Diaz por el delito contra la Humanidad – Desaparición Forzada en agravio Seferino Quispe Pillaca, Albino Quino Sulca Martín Escriba Pillaca y Melchor Tineo Perez, del 26 de abril del 2010.

Hechos ocurridos el 25 de julio de 1986 cuando miembros de las fuerzas armadas aprehendieron a Seferino Quispe Pillaca, conduciéndolo a la Base militar de Cangallo conjuntamente con otros detenidos. Asimismo aprehendieron a Francisca Janampa Pillaca de Quino, dejándola en libertad a condición de traer a su esposo Albino Quino Sulca, quien se presentó conjuntamente con, Melchor Tineo Pérez y Martín Escriba Pillaca, siendo detenidos y desaparecidos por personal del ejército.

La sentencia hace referencia en diversos instrumentos internacionales sobre la materia, a fin de describir las características del sujeto activo del delito, el cual comprende tanto a agentes del Estado como a grupos organizados o particulares que actúan en nombre del gobierno o en su apoyo directo o indirecto, sin embargo no ha tenido en cuenta los mismos instrumentos para valorar la prueba testimonial y la prueba indiciaria, no obstante que la Francisca Janampa Pillaca de Aquino, ha identificado al acusado Carlos Armando Bardales Angulo, así como al acusado Ambia Vivanco. Tampoco se ha valorado la declaración de Carlota Rayme Sulca, Baltazar de la Cruz Sulca entre otros

AÑO 2006

Expediente Nro. 16-2006 Caso los Laureles.

Sentencia absolutoria contra Mario Peregrino Brito Gomero Jesús Alfonso del Carpio Cornejo, Rodolfo Salazar Cabrera, Miguel Enrique Rojas García, Robin Eric Valdiviezo Ruis y Maximo Alfonso Camacllanqui Aburto, por delito contra la Humanidad – Desaparición Forzada en agravio de Samuel Reynaldo Ramos, Diego Jesus Licetti Mego y Esaú Cajas Julca, del 13 de Octubre del 2009.

Hechos del 7 de mayo de 1990 cuando el agraviado Samuel Reynaldo Ramos Diego se encontraba con Jesus Licetti Mego y de su menor hijo fueron aprehendidos por miembros del ejército, para luego recibir información del Jefe de la Bese Militar Miguel Rojas García que habían sido puestas en libertad, adjuntando una constancia de libertad, firma que no fue reconocida por los familiares, desconociendo su paradero hasta la fecha.

La sentencia desarrolla la tesis de delito de infracción de deber por ser funcionario y de autoría mediata por Dominio de Organización en aparatos organizados de poder y presupuestos (poder de mando, desvinculación del

ordenamiento jurídico, fungibilidad del ejecutor y elevada disponibilidad del hecho del ejecutor) , en razón de la calidad de miembros del ejército de los procesados. Desarrolla la calidad de ataque sistemático o generalizado de los hechos de este delito, identificado por la multiplicidad de víctimas y no hechos aislados, proponiendo se considere asimismo la ejecución extrajudicial. Señala la múltiple vulneración del bien jurídico protegido, a la víctima y a la humanidad.

Hemos considerado que no se ha realizado una adecuada valoración de los medios de prueba en función a los estándares internacionales, sobre todo de la prueba circunstancial o indirecta o por inferencias lógicas. No realiza una adecuada valoración de los elementos del tipo al considerar la inocencia por autoría mediata de Mario Peregrino Brito Gomero, Jesús Alfonso del Carpio Cornejo y Mario Rodolfo Salazar Cabrera, sustentándose en que no existe una prueba que acredite la orden expresa aprehensión, cuando el delito de DF, se puede configurar con la negativa de proporcionar la información de su paradero o de su cadáver Por ausencia de prueba directa sin considerar la prueba indiciaria, al precisar en la pág. 402: “..**no existe prueba documental objetivamente que los acusados...hayan elaborado directivas** contrasubversivas destinadas a la detención y desaparición de personas..**no existen documentos que puedan haber impartido para la detención y posterior desaparición de los agraviados...**” No valora la prueba testimonial (el testigo Rosas Oliveros recluido en la institución militar refirió haber visto en las instalaciones del Batallón CS 313 al agraviado Esaú Cajas Julca)

Expediente Nro. 31 – 2006.

Sentencia absolutoria contra Petronio Baltazar Fernández Dávila Carnero, Raúl Eduardo O Connor La Rosa y Donato Pascual Saavedra Garate por el delito contra la Humanidad – Desaparición Forzada en agravio de Eladio Mancilla Calle, del 18 de Octubre del 2007.

Hechos del 07 de junio de 1990 en San Sebastián, fue detenido y desaparecido Eladio Mancilla Calle por miembros del ejército quienes lo ingresaron al cuartel Cabitos.

La sentencia describe la violación múltiple del bien jurídico protegido. Describe los instrumentos internacionales sobre la materia, citando el caso Gómez Paquiyauri – Perú, el caso Gómez Palomino -Perú. Desarrolla el carácter sistemático o generalizado del delito.

Sin embargo en cinco renglones sustenta su absolución. *No ser responsables de los hechos. Cuando reconocieron que desde sus puestos no intervenían directamente en las detenciones de personas investigadas dentro de la urbe, siendo esta tarea de la policía a quienes prestaban apoyo de seguridad y que nunca detuvieron al agraviado lo que se deriva que este Tribunal no llegue a formar convicción sobre la responsabilidad penal de los acusados* "(p. 63). No valora adecuadamente las pruebas testimoniales (de Avelina Castilla Peralta que observo el vehículo en que lo llevaron al agraviado al cuartel cabitos, de Eduardo Jesús García que identifica al vehículo de operaciones militares (pág. 51).

Hemos considerado que no ha valorado a) Se identifica el lugar de los eventos b) se identifica la procedencia del grupo militar que integro la incursión para aprehender al agraviado c) Se identifica la procedencia del vehículo, camión perteneciente al Ejército Peruano que ingreso el día de los sucesos luego de aprehender al agraviado a las instalaciones de los Cabitos d) Se identifica quienes eran las autoridades responsables de la conducción de los miembros del ejército en la zona de los Cabitos, siendo que en su condición de Comandante General del Ejército y Jefe Político Militar a Petronio Fernández Dávila, en su condición de Jefe de Estado Mayor operativo a Raúl Eduardo Oconnor La Rosa, y al Jefe de Estado Mayor Administrativo Coronel Donato Pascual Gárate Saavedra e) Se conoce sin necesidad de probanza porque es de público conocimiento que existe una cadena de comando establecida con una autoridad vertical sobre los

subordinados en el sentido que toda orden debe de acatarse d) Se conoce que los acusados reúnen los requisitos para determinar en ellos responsabilidad por Dominio de Organización en aparato de poder y a ello se suma e) Se conoce que en el lugar se han enterrados cientos de cuerpos, con la exhumación en el Cuartel los Cabitos que ha determinado restos óseos enterrados de un total de cuarenta individuos.

Expediente Nro. 35 – 2006 Caso Conga Ataucusi y otros.

Auto de sobreseimiento, en la causa seguida contra Carlos Arnaldo Briceño Zevallos, y otros por el delito contra la Humanidad - Desaparición Forzada y otro en agravio de Amalquino Amador Conga Ataucusi, y Carlos Fernando Janampa Quispe, y contra Carlos Arnaldo Briceño Zevallos, Julio Carbajal Dangelo, Carlos Enrique Millones Destefano, Roberto Saldaña Vasquez, Pedro Edgar Paz Avendaño, Humberto Bari Orbegozo Tavalera y Arturo Moreno Alcantara por delitos contra la Humanidad - Desaparición Forzada en agravio de Julio Guevara Lagos. Del 4 de enero del 2011.

Hechos ocurridos en el mes de noviembre de 1983 en la ciudad de Ayacucho, enero de 1984, y julio de 1984 siendo aprehendidos y desaparecidos por miembros del ejército peruano Julio Guevara Lagos (quien recupero su libertad 11 días después), Fernando Janampa Quispe (distrito de Soccos) y Amalquino Amador Conga Ataucusi (ciudad Yurac Yurac) respectivamente, desconociéndose su paradero hasta la fecha.

La sentencia describe el tipo penal del artículo 320 del Código Penal, en cuanto a sus elementos de privación de libertad y no información del paradero de los desaparecidos. Se sustenta en el Acuerdo Plenario Nro. 9 - 2009 AJ, sin embargo sustenta que el sujeto activo será un funcionario público. Aborda la identificación de este delito como uno especial propio

Consideramos que no ha valorado la prueba indiciaria. Por otro lado la sentencia ha considerado a los hechos de desaparición forzada como delito de secuestro en tanto que a la fecha del suceso no se encontraba vigente el delito de desaparición forzada en el ordenamiento Penal Peruano.

Expediente Nro. 48-2006. Caso Sandoval Flores y Otros.

Sentencia absolutoria Felipe Arnaldo Villagra Barriga por delito contra la Humanidad – Desaparición Forzada en agravio de Alcides Sandoval Flores, Julio Cesar Sandoval Flores y Abraham Sandoval Flores del 19 de julio del 2007.

Hechos ocurridos el 25 de enero de 1990, cuando los agraviados Alcides Sandoval Flores, Julio Cesar Sandoval Flores y Abraham Sandoval Flores fueron intervenidos por un grupo de miembros del Ejército del Perú; habiendo ingresado a dicha base sin que se conozca de su paradero hasta la fecha.

La sentencia realiza un análisis del bien jurídico en consonancia con diversos instrumentos internacionales sobre la materia, considerando al bien jurídico protegido, como la múltiple vulneración de derechos fundamentales, así como la exigencia del desarrollo de esta conducta en el contexto de sistemática y generalizada, al mismo tiempo desarrolla las diversas conductas que comprenden per se el delito (reclusión, traslado, etc.).

Consideramos que no se analizó el tipo penal a la luz de los instrumentos internacionales (las que rechazan el presupuesto de debidamente comprobada). No ha abordado la identificación del sujeto activo del delito de agente estatal o no estatal. Se ha realizado una valoración restrictiva de las pruebas directas y no se ha valorado la prueba circunstancial o indirecta, permitiendo impunidad del delito, enerva señalar fs. 231 de la sentencia que señala: “...Los hermanos Sandoval Flore fueron detenidos conducidos al

cuartel. Entregados a Inteligencia.....no se informó de su detención ni de su liberación a las autoridades policiales ni a la Fiscalía...el 06 de marzo de 1990...el acusado...manifestó que...fueron puestos en libertad el 06 de febrero conforme puso a la vista las actas de libertad...” Valorando la declaración de dicho acusado de haberse otorgado libertad con una copia simple de acta de libertad que no puede ser sometido a pericia y no tenerse conocimiento de su paradero a la fecha, desconociendo el Informe E/CN.4/1985/15/párrafo 222 del Grupo de Trabajo sobre desapariciones Forzadas (GTNU) del ONU, quien ya había advertido que la declaración de presunta libertad de los detenidos, era práctica empleada para ocultar la desaparición

AÑO 2007

Expediente Nro. 77-2007. Caso Irma Quispe y Otros

Sentencia absolutoria contra Enrique Guillermo Reginaldo Ramos por delito contra la Humanidad – Desaparición Forzada y otro en agravio de Juan Lima Quispe y otros delitos de 09 de noviembre del 2017.

Hechos del 01 de mayo del 2016 cuando el agraviado se encontraba en el campo recogiendo su ganado en el Anexo de Huaracco en Huancavelica fue desaparecido por el Teniente Gobernador de dicha ciudad entregando al día siguiente al padre de aquel la casaca que llevaba puesta el agraviado el día de su desaparición refiriéndole que dicha prenda la habían encontrado en el cerro Ccashaccala. Habiendo reconocido dicho procesado haberlo aprehendido e ingresándolo a la vivienda Joaquin Ramos Reginaldo y en su defensa sostener que se ha fugado.

La sentencia describe el tipo penal Peruano en concordancia con los instrumentos internacionales sobre la materia. Considera al bien jurídico como la múltiple vulneración de derechos fundamentales.

Consideramos que solo reconoce al sujeto agente al agente estatal. Ha considerado erradamente como parte de los elementos del delito “*esté debidamente comprobada...pag15*”. No realiza una adecuada valoración de los medios de prueba. Se sustenta en la declaración de testigos que vieron con posterioridad a los sucesos a los agraviados en una empresa de transportes; no obstante que la mencionada ha emitido un informe negativo de su registro y uno de los procesados ha declarado con abogado y presencia del fiscal que han envenenado al agraviado.

Exp Nro. 221 – 2007. Caso Pedro Haro Cruz y Otros.

Sentencia absolutoria contra Luis Ego Garate Otero, William Alberto Giove Henriquez, Francisco Arenas Osorio, Claudio Flores Salazar y Jaime Verano Mayta Sal y Rosas por delito contra la Humanidad – Desaparición Forzada en agravio de Pedro Eduardo Haro Cruz y Cesar Mautino Camones del 11 de julio del 2008.

Hechos ocurridos el 20 de abril de 1989 en que los agraviados Pedro Eduardo Haro Cruz y Cesar Mautino Camones, fueron detenidos y desaparecidos por los procesados quienes se encontraban a bordo de una camioneta asignada a la quinta Comandancia de la entonces Policía General, conducida por efectivos policiales.

La sentencia al desarrollar el fundamento fáctico, aborda como primer punto la tipificación del delito de Desaparición Forzada, a la luz de los estándares internacionales. No valora los medios de prueba indirectos, y valora restrictivamente los medios de prueba directos, orientados a la absolución de la sentencia sin tener en consideración los indicios evidentemente probados

en la investigación. No ha valorado los sucesos posteriores como la desaparición de los familiares de uno testigo clave de los sucesos y el evidente temor de proporcionar información

AÑO 2008

Expediente Nro. 861 – 2008. Caso Saavedra Muñoz.

Sentencia absolutoria contra Petronio Baltazar Fernández Dávila Carnero, Eduardo Jesus García Daneri, Raul Eduardo O Connor La Rosa y Donato Pascual Saavedra Garate por delito contra la Humanidad – Desaparición Forzada en agravio de Constantino Saavedra Muñoz, del 05 de Octubre del 2009.

Hechos del 1 de Octubre de 1990, cuando Constantino Saavedra Muñoz salía de la Institución CORFA para alquilar un tractor para sus labores agrícolas, fue intervenido por miembros del ejército, para luego ser detenido conjuntamente con otras dos personas y conducido al cuartel Los Cabitos, siendo desaparecido.

La sentencia realiza un análisis del tipo penal Peruano a la luz de los instrumentos internacionales en concordancia con Jurisprudencia de la CIDH como el caso Castillo Paez y Villegas Namuche, respecto a los elementos del delito, la vulneración pluriofensiva de derechos fundamentales, y el reconocimiento de los familiares como víctimas indirectas, el carácter permanente, distinguiéndose de la irretroactividad de la ley Penal.

Desarrolla autoría mediata en aparatos organizados de poder, para determinar la posibilidad de controlar y dirigir de facto el comportamiento de la persona que utiliza para cometer el delito, identificando el poder en los órganos centrales de la organización, al cual se encuentra unido el ejecutor

quien responde por su conducta y el hombre de atrás responde por su conducta de instrumentalizar a otros u otro a cometer delito, estableciendo que en este la instrumentalización es el aparato organizado de poder, diferente al que sucede en la clásica concepción del hombre de atrás, donde la instrumentalización está referida al mecanismo de utilizar al hombre inmediato.

Consideramos que aun cuando se ha fundamentado correctamente desde la doctrina de la autoría mediata en aparatos de poder, no ha valorado la prueba directa, y tampoco ha valorado adecuadamente la prueba indirecta para comprender a los procesados como autores del delito en virtud de los cargos de dirección que ostentaban en dicho Cuartel.

CAPITULO II

PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA DE SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

1.- Solución Projectada en cuanto a los elementos de la desaparición forzada

La propuesta planteada comprendida en los objetivos específicos de este trabajo, es la posibilidad de comprender como elemento del delito desaparición forzada al agente no estatal sin vínculo con el Estado (ANESV), como podría ser el caso de organizaciones políticas que dirijan su accionar a la desaparición de personas. En ese sentido del desarrollo de la presente investigación se ha determinado que existe sustento para considerarlo como un sujeto activo del delito de desaparición forzada, conforme a la postura adoptada por doctrina mayoritaria imperante, como lo previsto en la legislación y la jurisprudencia internacional.

Sustentando ésta postura, a partir de establecer el deber que tiene el actor no estatal en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el marco del derecho Internacional Humanitario, que ha venido siendo materia de pronunciamiento por las Naciones Unidas en sus reiterados pronunciamientos expresos respecto de la comprensión de los *actores no*

estatales en la imposición de obligaciones en el plano del derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario y si bien el derecho internacional en general no ha desarrollado completamente dicha conducta, en la evolución que se ha producido en el Derecho Penal Internacional se ha visto cómo es que se reconoce a aquellos como responsables por estas graves violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario por crímenes de lesa humanidad.

Así tenemos que en el ámbito del derecho internacional de los Derechos Humanos que el actor no estatal ha considerado responsable para los crímenes de lesa humanidad plasmado en la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio emitido el 09 de diciembre de 1948, el cual señala en el artículo IV *“...las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los actos enumerados en el artículo III serán castigadas ya se trate de...funcionarios o particulares...”*.

Del cual se desprende que se impone las obligaciones de los ANESV por la perpetración de estos delitos, no excluyéndolos, sino abriendo la posibilidad que sean con poder de facto o sean grupos organizados que puedan cometer este tipo de violaciones masivas

Igualmente el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, se ha pronunciado en igual sentido, se comprender al actor no estatal, como parte de una organización o pertenecientes a grupo armado no estatal, sustentando en el hecho que por sus acciones generan obligaciones en el marco del derecho internacional humanitario, por ende también generan obligaciones en el derecho internacional como lo generan los Estados (Andrew Clapham, p. 245).

Igual concepción ha venido sosteniendo el Consejo de Seguridad en sus pronunciamientos respecto a diversos conflictos, en lo que mediante la aprobación de sus resoluciones ha solicitado a las partes, que en ello incluye al

actor no estatal, el respeto de los derechos humanos, sin distinción si se trata del Estado o del grupos armados no Estatal, como en su resolución 1214 del 8 de diciembre de 1998, el cual aplica el moderno concepto de responsabilidad contra del derecho humanitario, que también comprende responsabilidad del derecho internacional de los derechos humanos, en el conflicto contra Afganistán por la ofensiva de los talibanes el cual precisa *“...reafirmando que todas las partes en conflicto tienen el deber de cumplir las obligaciones que les impone el derecho internacional humanitario...las personas que cometan u ordenen graves infracciones de los Convenios son responsables de tales infracciones a título individual...”* En el conflicto por grupos armados no Estatales en Sierra León, emite la S/RES/1181 del 13 de julio de 1998 señalando *“...todas las facciones y fuerzas de Sierra leona....así como el de las organizaciones y organismos que prestan asistencia humanitaria en toda Sierra leona y que respeten los derechos humanos y acaten las normas aplicables del derecho internacional humanitario...”*(Andrew Clapham, p246)

Pronunciamiento que también ha quedado plasmado en el Convenio de Bamako, destinada a perseguir sanción a cualquier persona por un crimen internacional. Convención persigue la eliminación de desechos tóxicos y peligrosos que vienen afectando severamente África en la región Oeste, al haberse efectuado depósitos de ello en las Costas Africanas. Tal es el caso de Nigeria y el suceso de Probo Koala (2006) en la costa de Marfil donde se produjo un derrame de barriles de residuos tóxicos que provoco la muerte de 17 personas y el envenenamiento de miles

Por tanto la idea natural de considerar únicamente como responsables a los Estados partes vinculantes, ha evolucionado y cada vez más en la jurisprudencia como en los instrumentos se vienen pronunciado por comprender al actor no estatal con obligación ante el derecho internacional

En el ámbito del Derecho Internacional Humanitario ya se ha venido considerando a los actores no estatales, para los efectos de la aplicación de

los cuatro Convenios de Ginebra, en el artículo 3 del III Convenio de Ginebra del 12/AG/1949, el cual establece que al producirse un conflicto armado en el cual una de las partes es un Estado deberá aplicar las prohibiciones de *“...las personas que no participen directamente en las hostilidades...se prohíbe ...a) atentados contra la vida y la integridad corporal...los atentados contra la dignidad personal...un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja podrá ofrecer sus servicios...”*

Al respecto Marco Sassoli catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad de Ginebra, en la Revista Española de Derecho Internacional, publicó el artículo “Actores No Estatales y Desafíos para el Derecho Internacional Humanitario, ha precisado igualmente que en virtud del artículo 3 los grupos armados conformados por actores no estatales, se encuentran vinculados por el DIH, sin embargo en la práctica no ha sido posible que los Estados donde se encuentren incursionando estos grupos armados hayan reconocido que existan un conflicto con las características de dicho artículo y ello sucede en tanto que el Estado al reconocerlos estarían legitimándolos y permitir que se cumpla el Derecho humanitario en la tarea también de proteger y asistir a víctimas de afrontar jurídicamente a los grupos beligerantes más si se trata de una lucha contra el terrorismo, tarea que tradicionalmente ha sido parte del mismo Estado, y que entienden como disminuir ese poder que ostenta; sin embargo tal actitud lo único que hace es permitir el abuso de dichos entes continúa dejando millones de víctimas en todo el mundo de quienes se encuentren bajo su poder (Sassoli pág. 314, 320 año 2016)

En la Legislación Internacional ha sido comprendido en el Estatuto de Roma en el artículo 7.1 *“...los actos siguientes cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.....I ...por desaparición forzada de personas se entenderá la....de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización apoyo o aquiescencia...”*

Y en la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas del 18 de diciembre de 1992 que en su tercer párrafo señala “....*se produzca desapariciones forzadas, es decir se arreste, detenga o traslade....por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento....*”

Así como en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas el cual en su artículo 3 señala “...*Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas grupo de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado*”

Remitida al artículo 2 del mismo instrumento el cual señala “...*se entenderá por desaparición forzada el arresto la detención...sea obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado...*”

Diversos autores especialistas en la materia también se han pronunciado en igual sentido, Gabriela Citroni y Tulio Scovazzi de la Universidad de Milano en Italia especialistas en Derecho Internacional, autores de diversos artículos relacionados al tema, como “*Recent Developments in International Law To Combat Enforced Disappearances*”- “Desarrollos Internacionales Recientes para Combatir Las Desapariciones- ha precisado que el artículo 3 de la Convención Internacional se refiere a actos de igual naturaleza de desaparición forzada cometidas por personas o grupos de personas que son agentes estatales sin autorización del Estado (2009, p.. 101-102)

Lo que también ha sido partícipe de Phillip Lighammar en su obra “*Time for Enforced Disappearance to Disappear A Study of the International Legal*

Instruments” Es hora de la desaparición forzada de Desaparecer Un estudio de los instrumentos jurídicos internacionales; quien sostiene que la Convención Internacional, resulta más amplia en cuanto a la definición de los actores de la Desaparición Forzada, citando a Manfred Nowak, señala que debe incluirse también a los actores no estatales, porque ello permitirá una *protección completa* contra este delito, agrega que la organización política que señala la Corte Penal, como un agente no estatal, incluirá a los movimientos de liberación Nacional, los grupos guerrilleros, políticos e incluso estarían comprendidos los terroristas, dejando de lado los grupos criminales y la mafia, a su criterio la Convención Internacional, ha incluido en su artículo 3 a los actores no estatales y la Corte Penal ha delimitado a quienes se les puede considerar sujetos agentes excluyendo a los particulares (2008, p. 15).

En igual sentido se ha pronunciado Silvia Danailov jefe de la Sección de apoyo de Campo Humanitario en UNICEF en su obra *“The Accountability of Non-State Actors for Human Rights Violations: the Special Case of Transnational Corporations”*-La rendición de cuentas de los actores no estatales por violaciones de los derechos humanos: el caso especial de las corporaciones transnacionales, cuando aborda la responsabilidad que tienen los actores no estatales, el caso específico de las Corporaciones Transnacionales, en el que concluye primero que existe una responsabilidad internacional de los Estados por sus acciones, segundo queda establecido que existe una responsabilidad del autor estatal dentro del sistema de derechos humanos y tercero que es necesario la celebración de un instrumento internacional que los comprenda (Silvia Danailov 1998, p. 60).

En ese sentido Nicolas Carrillo Santarelli en su obra *“La Protección y Promoción de los Derechos Humanos frente a Violaciones No estatales por los órganos internacionales”*, ha sido enfático al señalar que se debe de desterrar las posturas tradicionales *estato-centricas* de considerar que la protección hacia las víctimas es únicamente del Estado, cuando se trata de violaciones de derechos humanos, debiendo de tener en consideración a

todo agente no estatal para que la víctima sea realmente protegida sin ningún tipo de discriminación razón por la cual la tarea principal que los órganos internacionales deben cumplir como parte de sus funciones es la protección de los derechos humanos cometidas por agentes no estatales, o estatales, que permita comprender un marco de protección total, siendo necesario un pronunciamiento directo de los organismos internacionales respecto de las actividades de estos agentes (2013, p. 20).

En cuanto a la Convención Internacional sobre Desaparición Forzada, cabe señalar que el artículo 3 que comprende al agente no estatal autónomo, fue producto de cuatro años de trabajo en continuas reuniones consultivas con los expertos de las Naciones Unidas y organizaciones no gubernamentales, quienes abordaron la problemática del sujeto activo, redactando el Proyecto de dicha Convención el cual fue aprobado en 1998 por la Sub comisión de Promoción y Protección de Derechos Humanos, en la que como señala el oficial Jurídico para América Latina y el Caribe de la Comisión Internacional de Juristas Federico Andreu-Guzmán no se pronunció expresamente por el sujeto activo no estatal, ello se hizo en la idea que debió de considerar a dicho agente, pero en un instrumento separado por las dificultades para su definición en el derecho internacional, aunque en el proyecto se hizo una referencia al respecto, la cual fue plasmada en el instrumento final, en el artículo 3 (2001, p.. 6)

Al respecto señala Vranckx, en el artículo denominado “*A long road Towards Universal protection against enforced disappearance*” Un Largo Camino Hacia la Protección Universal contra la Desaparición Forzada; que la postura de considerar al agente no estatal sin conexión, no ha sido negada por quienes conformaban el grupo de trabajo para la elaboración de la Convención Internacional, inclusive ante la negativa de no considerarlos en dicho instrumentos internacional, se han presentado pronunciamientos opuestos. La delegación Rusa, dejó sentada su propuesta de inclusión del actor no estatal sin conexión, a efectos de comprender a los terroristas, militares insurgentes, a fin de que sean tratados bajo los mismos preceptos y

cuando se emitió el instrumento internacional, los representantes de Sri Lanka censuraron que el texto no regulara este extremo, excluyéndolos, como también los representantes de Filipinas, quienes dejaron sentada su posición de la inclusión del agente estatal sin conexión dado que ello permitiría reflejar la realidad que ocurre en cuanto a las desaparición forzadas las cuales no sólo son cometidas por el Estado, sino también por actores que no tienen conexión con dicho Estado. La oposición a su consideración han sido los representantes de América del Sur y Central, y las ONG que representan a las familias de los desaparecidos, sustentando en que la forma en que se han producido dichas desaparición tiene una forma particular, distinta a lo ocurrido en otros lugares (An Vranckx 2003, p. 02).

Por otro lado la organización no gubernamental The REDRESS , publico el artículo “No solo el Estado: Tortura por Actores No Estatales, en el cual igualmente se ha pronunciado por comprender al actor no Estatal como responsable de violaciones al derecho internacional, **definiendo el término de manera amplia** considerando a los actores privados distintos al Estado, e incluyendo como tal a las organización civiles, compañías privadas, grupos armados dentro de lo cual toma en cuenta la definición que ha considerado el Derecho Internacional Humanitario el cual precisa dentro de ese contexto grupos beligerantes, insurgentes y movimientos de liberación Nacional, a quienes les asiste ciertos derechos. Así como también considera la inclusión de gobiernos de facto con capacidad para tener injerencia en un determinado territorio, a compañías de seguridad privada, corporaciones multinacional, unidades militares de misiones dirigidas por organizaciones, dentro de lo cual (2006, p. 16)

Al respecto Nicolás Carrillo Santarelli señala que se debe de desterrar las ideas de que los derechos humanos, giran en torno únicamente al Estado, es decir no puede aceptarse el hecho que solo se sancione la vulneración de derechos humanos que al Estado excluyendo a aquellas victimas que han sufrido vulneración de sus derechos humanos por otros entes no estatales, negar la responsabilidad que debe de asumir el ente estatal, es contrario a

los principios y fundamentos de tales derechos y a las necesidades de protección de los seres humanos, que deben primar para corregir y considerar a sus protagonistas, garantizando una real protección en virtud del principio de igualdad y no discriminación, sirviendo también de disuasivo para quienes vulneren derechos humano. (2013, p. 3).

2.- Solución Proyectada en cuanto a la Desaparición Forzada en el Perú en Observancia de los Estándares Internacionales.

Como ya dejamos expresado, nuestra investigación, tiene por finalidad realizar un estudio de tipo dogmático doctrinario, que nos permita establecer si la regulación que actualmente tiene nuestro ordenamiento Penal Peruano respecto del delito de desaparición forzada, tipificado en el artículo 320º del Código Penal, cumple o no con los estándares internacionales a los que el Perú está obligado vía tratados internacionales, a fin de no sólo modificarlo sino a fin de adecuarlo a la regulación internacional de esta figura

Fundamentalmente en el estudio del sujeto activo del delito a fin de comprender no sólo al agente Estatal, y al agente no Estatal con apoyo consentimiento o aquiescencia de aquel; sino también comprender como sujeto activo del delito al agente no estatal sin conexión con el Estado, o como lo conocen en la doctrina como un agente no estatal autónomo, o un agente indirecto; este agente vendría a ser una organización política que tiene una estructura con ciertas características similares a la estructura estatal que permita la obligación de entregar información, tomando en cuenta el contenido del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que considera también como sujeto activo al agente no estatal sin vínculo con el Estado, esto es las organizaciones políticas.

Lo que permitirá abarcar un mayor número de sujetos activos no considerados hasta entonces en la perpetración de estos crímenes, innovación que se adelanta a la realidad Peruana, y que resulta vital, en el

camino de la defensa de los Derechos Humanos, planteando como sujeto a la organización política para los efectos de su sanción internacional.

Sustentando ésta postura, a partir de establecer el deber que tiene el actor no estatal de respeto de los derechos humanos, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el marco del derecho Internacional Humanitario, que ha venido siendo materia de pronunciamiento por las Naciones Unidas en sus reiterados pronunciamientos expresos respecto de la comprensión de los *actores no estatales* en la imposición de obligaciones en el plano del derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario

Lo que ha generado pronunciamientos favorables de por un sector casi totalitario de la doctrina, en consonancia con la Legislación Internacional como el contenido del artículo 7.1 del Estatuto de Roma “...los actos siguientes cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque...../ ...por desaparición forzada de personas se entenderá la....de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización apoyo o aquiescencia...”

Y en la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas del 18 de diciembre de 1992 que en su tercer párrafo señala “....se produzca desapariciones forzadas, es decir se arreste, detenga o traslade....por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento....”

Así como en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas el cual en su artículo 3 señala “...Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar

sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas grupo de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”

Remitida al artículo 2 del mismo instrumento el cual señala “...se entenderá por desaparición forzada el arresto la detención...sea obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado...”

Por ello, los beneficios que aporta nuestra propuesta están directamente relacionados a contribuir con la labor docente y operativo-judicial, dando a conocer los logros de la investigación a efecto de propiciar el necesario debate jurídico, que permita el mejoramiento de la legislación y el aporte de nuevos conocimientos doctrinarios y de legislación comparada.

Por ello es que teniendo en perspectiva nuestro objetivo general y habiendo identificado que en la legislación Penal Peruana, no se ha comprendido al agente no estatal sin vinculo con el Estado, como lo sería la organización política, como parte del sujeto activo del delito; proponemos recomendaciones, relacionadas a las modificaciones legislativas en observancia del contenido de los estándares internacionales, esto es, el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas.

Ya que nuestro trabajo pretende propender una mejora de la legislación en armonía con la política criminal preventiva, protectora y garantista diseñada por nuestra Constitución, por lo que en general, siendo que se encuentra ad portas la implementación de un nuevo Código Penal, recomendamos en principio reformular los fundamentos dogmáticos de estos delitos y sobre la base de los nuevos conocimientos que aporta la doctrina y la experiencia nacional, se proceda a reformular en lo pertinente los mismos y sus diferentes modalidades.

3.- Solución Proyectada en cuanto a la Jurisprudencia Nacional

Del análisis realizado a las sentencias emitidas por la Sala Penal Nacional durante en los procesos penales sobre DF, tramitados durante los años 2004-2008 es posible afirmar que en cuanto a la tipificación del delito de DF, la Corte Suprema del Perú se ha esforzado en compatibilizar el Derecho Nacional con el Derecho Internacional, específicamente con los instrumentos Internacionales de índole Regional (CIDH) delimitando vía jurisprudencial el delito de Desaparición Forzada con la emisión del Acuerdo Plenario 9-2009/CJ 116 del 13 de noviembre del 2009 sobre Desaparición Forzada de Personas, por el cual el Pleno, realizando control Convencional decidió tomar en cuenta los pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre desaparición forzada.

Entre ellas la sentencia en el caso Gómez Palomino Vs. Perú del 22 de noviembre de 2005 y la Sentencia en el caso Anzualdo Castro vs. Perú del 22 de septiembre de 2009 , las cuales realizan un análisis de errónea tipificación del delito de desaparición forzada en el Perú advirtiendo serias falencias en cuanto a la inobservancia de los estándares internacionales, que devino en la imposición de sanción al Estado Peruano por desaparición forzada, sin que el gobierno Peruano, haya adoptado las recomendaciones de modificar el artículo 320 del C.P., tomando en cuenta las pautas internacionales.

Así como ha dado fruto la aplicación de control Convencional, en sentencias emitidas antes de la dación del Acuerdo Plenario 9-2009/CJ 116 del 13 de noviembre del 2009, contenida en las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre las características y aplicación del delito de desaparición forzada –entre ellas, es de destacar las recaídas en los Recursos de

Nulidad número 2779-2006/Lima, del 18 de diciembre de 2007; 1598-2007/Lima, del 24 de septiembre de 2007; 1809- 2007/Lima, del 11 de septiembre de 2008; y 3198-2008/Lima, del 27 de abril de 2009. En especial, el contenido del injusto penal, su aplicación temporal a los sujetos involucrados en crímenes de desaparición forzada (Poder Judicial 2009).

Sin embargo se aprecia que el control Convencional que han realizado los operadores del Derecho no ha cumplido la finalidad de perseguir y sancionar a los responsables; pues si bien ha valorado los elementos del delito de Desaparición Forzada; no ha considerado en el mismo sentido la orientación de la CIDH en cuanto a la valoración de la prueba directa e indirecta o indiciaria, conforme en reiteradas sentencias jurisprudenciales y de obligatorio cumplimiento los ha mencionado.

Como en el caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras en la que la CIDH con relación a la formalidad de la prueba a señalando que existen graduaciones en función a la gravedad del delito. “.....los *critérios de valoración de la prueba son menos formales que en los sistemas legales internos...reconocen graduaciones diferentes dependiendo de la naturaleza, carácter y gravedad...*” e Igualmente en otras sentencias como caso Fairén Garbí y Solís vs Honduras. Así como la postura que ha adoptado la CIDH en cuanto a la prueba indiciaria, la cual es perfectamente válida y suficiente para sentenciar, aun cuando se la única prueba que se ha obtenido, como el caso Godínez Cruz vs Honduras “.....*válida la prueba indiciaria...puede ser el único instrumento para que se cumpla el objeto de la Convención....cuando las violaciones implican...destrucción de los medios de prueba directo...*” caso Blake vs Guatemala “...*la desaparición....sea demostrada mediante....testimonios indirectos y circunstanciales, sumados a la inferencias lógicas...*”

Se ha determinado que existen deficiencias en cuanto a la valoración de la prueba al no observar en su integridad de la Jurisprudencia Internacional que es de obligatorio cumplimiento para el Estado Peruano, ha permitido que

del cien por ciento de la emisión de sentencias condenatorias, el ochenta por ciento de dichas sentencias emitidas en los procesos penales sobre desaparición forzada tramitados durante los años 2004 al 2008, han sido sentencias absolutorias de los presuntos responsables; por lo cual solo un veinte por ciento han sido sentencias condenatorias, fomentando con ello la impunidad de los autores de este delito de Desaparición Forzada.

Se ha determinado que la exhortación de la CIDH en cuanto a la reparación civil a que se hacen acreedores los familiares de las víctimas no sólo no se ha impuesto contra los responsables, sino que en las sentencias condenatorias donde se han impuesto reparaciones civiles estas tampoco se han efectivizado, significando que parte de la reparación civil le compete al Estado. Determinándose que las medidas preventivas que la CIDH promueve como elemento fundamental para que no se vuelva a repetir hechos tan graves como la desaparición forzada no han sido implementadas.

CAPITULO III

CONSECUENCIAS

1.- Consecuencias de la implementación de la propuesta

El tema propuesto para la investigación revela un campo teórico no muy difundido ni estudiado, al fundamentarse en la necesidad de reorientar y afianzar el conocimiento doctrinario del delito de Desaparición Forzada en el Perú en el marco de los estándares internacionales, con énfasis en los elementos de la desaparición forzada y dentro de ellos el estudio del sujeto activo del delito, para identificar al agente no estatal sin vínculo con el Estado. Realizando un adecuado estudio crítico del tratamiento legislativo, así como un adecuado estudio de la jurisprudencia Nacional en la aplicación de este delito, bajo el marco de los estándares internacionales

Con nuestro trabajo de investigación hemos perseguido la búsqueda de nuevas tendencias y el mejoramiento de las instituciones penales, así como contribuir a la labor docente y legislativa, dando a conocer los aspectos doctrinarios, normativos, jurisprudenciales y de legislación Internacional, la obtención de fundamentos para una adecuada interpretación y aplicación de la norma penal en cuanto a la identificación del sujeto activo del delito de

Desaparición Forzada como parte de los elementos del mismo, así como el análisis de la jurisprudencia Nacional que revele la observancia de los estándares internacionales, dentro del marco de un Derecho Penal democrático y garantista que asegure la vigencia de un sistema penal protector, prevencionista y asegurador de la dignidad y humanidad de la persona.

Para este efecto, en el desarrollo del trabajo hemos establecido un adecuado estudio doctrinario, histórico y dogmático, con remisión a la jurisprudencia y al derecho comparado, de la evolución del delito de Desaparición Forzada en el Perú, con énfasis en los elementos del mismo, y dentro de ellos del sujeto activo del delito, para identificar al agente no estatal sin vínculo con el Estado, habiendo analizado asimismo la jurisprudencia Nacional, a fin de valorar la aplicación de los estándares internacionales por los operadores del derecho. Hemos realizado un adecuado estudio crítico del tratamiento legislativo que se le ha dado en nuestro país a este delito, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Humanitario y del Derecho Penal Internacional, a fin de identificar la problemática que representa la vigencia actual de la norma, proponiendo las modificaciones normativas necesarias.

Es así que nuestra investigación se halla plenamente justificada, puesto que en un sistema democrático de derecho, en el cual, el fin supremo de la Constitución y las leyes es la persona humana, es necesario el aseguramiento de sus derechos fundamentales como el derecho a la vida, el derecho a la dignidad humana, la libertad personal, la seguridad personal, el debido proceso, el derecho a las garantías judiciales, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a vivir en paz a la vida y el derecho a la verdad, como derecho inderogable, que se pronuncia por la no satisfacción de los familiares del desaparecido, que tienen el derecho de conocer su paradero, pues la no información de la suerte del desaparecido es considerado un trato cruel e inhumano, en tanto que los mantiene en permanente zozobra y les arrebató la oportunidad de conocer los hechos en

su real magnitud, conocer quién ha sido la persona o personas que actuaron en contra de sus familiares, logrando su identificación y conociendo que están cumpliendo sanción por este delito de grave violación contra la humanidad; que tal como lo señalado la CIDH, ésta constituye una medida de reparación, que el Estado a través de sus organismos deberá de satisfacer

Así como el derecho de acceso a la justicia, que contribuye a la lucha contra la impunidad y la promoción de los derechos inderogables, el cual va de la mano con la no repetición de estas violaciones así como contra la indefensión de las víctimas y de sus familias

El identificar al actor no Estatal sin conexión es aceptar que se ha perpetrado el delito de desaparición forzada de personas en el contexto de crimen de lesa humanidad que debe de ser perseguido por el Estado con la imposición de ser imprescriptible y permitir que las víctimas formen parte de ese sector de víctimas a quienes el Estado a través de sus órganos estatales y/o de organizaciones no gubernamentales, haga uso de todos los mecanismos legales para encontrarlos y ubicarlos sentenciarlos y obligarlos al pago de una reparación.

Siendo necesario reevaluar profundamente la tipificación del delito de desaparición forzada desde el ámbito del sujeto activo del delito a la luz de los estándares internacionales, así como analizando la jurisprudencia Nacional para determinar la valoración en su conjunto de este delito por los operadores del derecho en observancia de estos estándares, para de esta manera ofrecer aportes que puedan a futuro ser tomados en cuenta para posibles modificaciones legislativas, que complementen el universo normativo Penal protector de tan preciados derechos, con lo que se garantizara también la imputación necesaria y el debido proceso.

Con ello propugnamos contribuir al afianzamiento de la persecución del delito de Desaparición Forzada, que tiene la misión fundamental de desterrar los crímenes de lesa humanidad en nuestro País, sin discriminar la condición del sujeto agente, al incluir al agente no estatal autónomo quien si puede y comete violaciones a los derechos humanos y debe ser perseguido y sancionado, ampliando la visión de los responsables, despojándonos de la idea errada que solo los Estados deben de asumir las responsabilidades en la vulneración de derechos humanos, cuanto se reconoce la presencia de los actores no estatales, y para ello el Estado mismo tiene que reconocer que el conflicto armado interno que está sufriendo es como consecuencia de la incursión de grupos armados identificados, sin el temor de perder su cuota de poder que por su calidad de Estado ostenta, sino con la finalidad de perseguir y sancionar a quienes vienen cometiendo delitos contra los derechos humanos.

2. Beneficios que aporta la propuesta

Dentro de los fines que orientan la labor universitaria, humanista y científica, está el de la búsqueda del aporte de nuevas ideas, alternativas y soluciones a los diferentes problemas que aquejan a las sociedades, y siendo el fundamento de nuestra Facultad el de propender a la investigación de temas jurídicos y sociales, nuestro trabajo se fundamenta principalmente en la necesidad de reorientar y afianzar el conocimiento doctrinario en cuanto a los elementos del delito de desaparición forzada en el Peru, fundamentalmente en cuanto al sujeto activo del delito, desarrollando su evolución y la realidad actual que nuestro país ha considerado de delito de desaparición forzada desde la perspectiva del Control Convencional sustentada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional, así como en defensa de los más modernos principios y enfoques de la doctrina internacional; para reconducir la labor docente, legislativa y a la interpretación judicial y doctrinaria, que por la importancia del tema en

estudio, requiere una mejor y mayor profundidad, para propiciar un mejor conocimiento por parte de alumnos, profesores y operadores, tanto legislativos como judiciales.

Los beneficios que aporta nuestra propuesta están directamente relacionados a contribuir con la labor docente y operativo-judicial penal, dando a conocer los logros de la investigación a efecto de propiciar el necesario debate jurídico, que permita el mejoramiento de la legislación y el aporte de nuevos conocimientos doctrinarios y de legislación comparada.

CONCLUSIONES

1. Como señala Andreu Guzmán la desaparición forzada es una de las más brutales violaciones a los derechos humanos, que no puede ser desestimada por la multiplicidad de violaciones a los derechos humanos, entre otros, el derecho al reconocimiento de la personalidad ante la ley, el derecho a la libertad y la seguridad de una persona, el derecho a no ser sometido a torturas u otros tratos inhumanos o degradantes, el derecho a la vida, lo que a su vez conlleva a la violación de otros derechos como el derecho a la vida familiar, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a la educación. Lo que se maximiza cuando se trata de una víctima que es madre o padre de familia en tanto que trae como consecuencia la violación a los derechos del niño (Andreu Guzmán, 2001, p. 01).

2. En el delito de Desaparición forzada, la aprehensión del desaparecido, tiene generalmente un tinte político, en la pugna de dos fuerzas contrarias, el opositor utilizada este mecanismo de desaparición de la fuerza contraria, como una forma de eliminación, sufrimiento y sometimiento, neutralizando cualquier disidencia de ese grupo, que de momento ve mermar su población sin que se conozca nada sobre su paradero, así generar permanente zozobra y sufrimiento por desconocer su destino, lo cual es doblemente agobiante, por un lado el perder a un componente del grupo y por otro desconocer las condiciones en las cuales se encontrará y los vejámenes a los que puede estar siendo objeto.

3. Uno de los elementos del delito desaparición forzada lo conforma el sujeto agente el cual inicialmente se consideró al agente estatal, y posteriormente se consideró también a la persona o grupo de personas que cometen el delito bajo la dirección y el control del agente Estado, es decir con

consentimiento o aquiescencia. Sin embargo a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Penal Internacional, del Derecho Humanitario, de la postura adoptada por la doctrina mayoritaria imperante, y la jurisprudencia internacional se ha determinado que existe sustento para comprender como sujeto agente, al Agente No Estatal sin vínculo con el Estado (ANESV), como podría ser el caso de organizaciones políticas que dirijan su accionar a la desaparición de personas.

4. La aparición del Agente No Estatal sin vínculo con el Estado (ANESV), surge como consecuencia de cuatro fenómenos; el *fenómeno* de la Globalización de la Economía Mundial, con el surgimiento grandes corporaciones con gran poder y mínima responsabilidad por el abuso de derechos humanos; el *segundo fenómeno* es la Privatización de los servicios de los Estados, tales como la salud, educación prisión, agua, comunicaciones fuerzas de seguridad, entrenamiento militar, y otros; generando conflictos por abuso de poder en vulneración de derechos humanos; el *tercer fenómeno* es el Aumento de los Conflictos Armados Internos que generan fuerzas insurgentes violadoras de Derechos Humanos y el *cuarto fenómeno* es la Defensa de los Derechos Humanos de las Mujeres exigencia al Estado para perseguir y sancionar toda violencia contra la mujer provenga del ámbito público y en igual medida el ámbito privado.

5. La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas, en su Artículo 3 al señalar “*Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables*” ha comprendido al agente Estatal sin vínculo con el Estado, cuando preceptúa de manera extensiva, a las personas o grupos de personas que realizan por cuenta propia, es decir

no han sido coordinados dirigidos, o autorizados por el Estado o han actuado conjuntamente con agentes del Estado, dispone el mencionado instrumento la necesidad que tienen los Estados partes para realizar dichas investigaciones en congruencia con los agentes que se encuentran contenidos en el artículo 2 del mismo instrumento.

6. El Estatuto de la Corte Penal Internacional (EC) al señalar en su artículo 7.i *“se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas ”* ha comprendido al agente estatal sin vínculo con el Estado, precisando que se trata de la organización política o con su autorización; es decir grupos organizados relacionados con actividades políticas.

7. El Delito de Desaparición Forzada, ha sido previsto en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la cual entró en vigor en marzo de 1996, define en su artículo II a la desaparición forzada *” como la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.* Este concepto describe los aspectos configuradores del ilícito: la detención o aprehensión arbitraria de las personas y la negación de tal acto o el paradero de aquella. Se reconoce el carácter permanente del mismo mientras la víctima no sea hallada (artículo III), así como la calidad de delito común con el fin de imposibilitar el juzgamiento por jurisdicciones especiales, especialmente la militar (artículo IX).

8. Determinamos que el ANESV, comprende a la organización política considerando sus características, de ser un grupo organizado con estructura institucional y capacidad de canalizar y coordinar al interior de dicha estructura la información respecto de sus acciones, específicamente de la desaparición de personas, para que a partir de allí se produzca el deber que tiene dicha estructura política de informar sobre el destino de la víctima, por tener todas las calidades para ser considerado como tal, sin que esta exigencia configure una suerte de autoincriminación en su cumplimiento, en tanto se toma como punto de partida la organización como una estructura similar a la que tiene el Estado para obligar a su organización a cumplir con su deber jurídico. Comprenden las organizaciones políticas los movimientos de liberación nacional, grupos guerrilleros, partidos políticos, grupos políticos e inclusive terroristas quienes están relacionados con actividades políticas, pero excluyendo a grupos criminales como los que conforman mafias, o delincuencia organizada, quienes tienen una orientación a intereses estrictamente económicos y no tienen enfoque político.

9. Como señala Andrew Clapham, no se puede negar la responsabilidad en materia de derechos humanos a los ANESV que en muchos casos son los poderosos, porque ello significaría negar el sitio que ha ganado la lucha por los derechos humanos. Esta negación no sólo vulnera el derecho de las personas sino que erosiona la justicia social. Es decir la violación de un derecho humano venga de donde venga debe ser perseguida, más allá de los formalismos legales, y con ello no se pierde la fuerza de quienes son los detentores del derechos internacionales en la creación de deberes y derechos, sino que al contrario, se neutralizan las acciones violatorias de quienes se esconden en el manto de impunidad a ser perseguidos por la comisión de sus atrocidades contra los derechos humanos (Andrew Clapham, 2006, p. 186).

10. En el Perú, conforme lo señala la CVR, la Desaparición Forzada ocurrida durante los años de 1980 hasta el año 2000, fue una práctica

realizada mayoritariamente por los gobiernos de turno a través de sus fuerzas armadas en co participación con los comités de autodefensa o rondas campesinas habiendo sido estos últimos, responsables del diez por ciento de las desapariciones perpetradas, que tuvieron tres objetivos “a) *obtener información de los subversivos o sospechosos* b) *eliminar al subversivo o al simpatizante de la subversión asegurando impunidad* c) *intimidar a la población y forzarla a ponerse del lado de las fuerzas del orden*” (CVR, 2003, p. 70).

11. En el Perú, hasta antes de la reciente modificatoria del artículo 320 del Código Penal se advertía una descripción típica incompleta en cuanto a la identificación del sujeto activo del delito, al considerar únicamente al agente estatal; no obstante que la CIDH, ya se había pronunciado reiteradamente en que el sujeto activo del delito no sólo era el agente estatal, sino también el agente no estatal que actúa con apoyo, consentimiento o aquiescencia, ello se ve reflejado en las diversas sentencias emitidas en este delito, el caso Radilla Pacheco vs. México, del 23 de setiembre del 2009 en la que señala textualmente “*la intervención directa de agentes estatales o por la aquiescencia de estos..*”, posición que ha sido mantenida con anterioridad en el caso peruano de Gómez Palomino Vs Perú, en el que señala que el agente puede ser “*por ser obra de un particular que ha actuado con el apoyo o aquiescencia del Estado*” (Cuaderno de Jurisprudencia, Nro. 06, p.1). Con la modificatoria se comprende al agente No Estatal con vínculo con el Estado que actúa con el consentimiento o aquiescencia. Habiendo testado del texto legal la exigencia que sea “*debidamente comprobada*”, que constituía un condicionamiento que no encontraba asidero en la legislación comparada ni en los tratados internacionales.

12. El delito de Desaparición Forzada contenido en el artículo 320 del Código Penal Peruano, no precisa que la conducta deba perpetrarse bajo un contexto de ataque “*generalizado o sistemático*”, como lo señala textualmente el Estatuto de la Corte Penal Internacional en el artículo 7.1 cuando refiere que se considerará crímenes de lesa humanidad los actos allí señalados, siempre y cuando se produzca bajo ese contexto

13. La nueva redacción típica introducida mediante Decreto Legislativo N° 1351 (07-01-17), al Código Penal, introduce como novedad ciertas circunstancias agravantes que no están contenidas en los tratados internacionales que han servido de fuente para la tipificación del delito de desaparición forzada, referidos a condiciones personales como que la víctima tenga menos de dieciocho años o sea mayor de sesenta años de edad, padezca de cualquier tipo de discapacidad o se encuentre en estado de gestación. Circunstancias sobre-criminalizadoras que se manifiestan inorgánicas, limitativas e incompletas, ya que existen otros supuestos igualmente trascendentes que se pueden tomar en cuenta para agravar el delito.

14. Si bien la jurisprudencia de la CIDH, considera que el delito de desaparición forzada de personas es un delito de carácter continuo y permanente de la violación, como lo ha venido señalando en sus diversas sentencias tal es el caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras en la sentencia del 29 de julio de 1988, o como igual posición mantiene en el caso Blake Vs Guatemala o el caso Hermanas Serrano Cruz Vs El Salvador, donde señala que se trata de un delito continuado y agrega que los actos de carácter continuo o permanente; nos acogemos a la posición de Juan Luis Modolell Gonzales el cual señala que la CIDH (2009, p. 191), realiza una apreciación errónea al considerar que el delito no se consuma, sino que continúa en el tiempo; siendo que el delito se consuma desde el momento en que se produce la negativa a informar del paradero

de la víctima y permanece en el tiempo hasta conocer el destino de la misma, es decir es un delito de tendencia interna trascendente.

15. La Desaparición forzada se diferencia del secuestro por la calidad del sujeto activo del delito, dado que en este último son perpetrados por bandas criminales, personas o grupo de personas que tienen como finalidad una ventaja económica, como también se diferencia por adolecer del elemento obligación de dar información, lo cual no se asemeja al supuesto de entregar algún tipo de información que usualmente es realizado por los autores del delito de secuestro, sino que el tipo penal de desaparición forzada exige esta ausencia de quien está obligado a informar a negarse a entregarla.

16. El delito de desaparición forzada corresponde a un tipo especial porque no puede ser imputado a un particular sin vinculación a agentes estatales o agrupaciones políticas, el cual exige que la aprehensión de la víctima sea realizado por el agente indirecto con apoyo, conocimiento o aquiescencia, así como exige que la negativa a informar el paradero sea por actuar por orden por encargo, deber jurídico de informar que se desprende del derecho interno. Se sustenta en que debe existir una fuente del deber de información de ese particular de donde deriva su deber de garante, consumándose cuando hay negativa de informar sobre la privación de la libertad, o cuando hay negativa de dar información sobre la suerte o paradero. Ambos supuestos se enmarca en la posición de garante del agente, en el cual el agente que asimila la función pública, actúa por encargo del Estado deber de velar por el correcto funcionamiento de la institución y DH y se fundamenta en que el agente proveniente de una organización política actúa en obligación de cumplir deber jurídico al alinearse a una determinada política.

17. El delito de desaparición forzada al tratarse de un delito especial, genera responsabilidad extendida a modo de participación, a cualquier otra persona que, con el consentimiento o aquiescencia de aquél, de cualquier forma priva a otro de su libertad y se niegue a reconocer dicha privación de libertad o dar información cierta sobre el destino o el paradero de la víctima. En tal sentido nos encontramos en el ámbito de la participación delictiva. Es esta “participación de extraneus” la que genera una serie de controversias, las que son resueltas apelando a: La teoría de la ruptura del título de imputación y a la teoría de la unidad del título de imputación.

18. Los operadores del derecho en los Procesos Penales emitidos por la Sala Penal Nacional durante los años 2004-2008 no han tomado en cuenta los criterios sobre valoración de la prueba contenidas en las sentencias de la CIDH de ser válida la prueba indiciaria aún sea el único instrumento con el que se pueda demostrar, así como tampoco han tomado en cuenta las testimoniales indirectas y circunstanciales, sumadas a la inferencias lógicas. Advirtiéndose que en el 80% de los procesos penales los imputados han sido absueltos por insuficiencia probatoria, quedando impune estos delitos

RECOMENDACIONES

1.1. Debe modificarse el tipo penal de desaparición forzada, contenida en el artículo 320 del C.P., para que, conforme lo propone la Convención Internacional sobre Desaparición Forzada, la Corte Penal Internacional, y demás instrumentos internacionales, se comprenda al sujeto Agente No Estatal que no tiene vínculo con el Estado, esto es la organización política.

2. Debe modificarse el tipo penal de desaparición forzada, contenida en el artículo 320 del C.P., para incluir nuevas formas agravantes relacionadas a las condiciones personales de la víctima, como el ser dirigente político, líder de opinión, autoridad, etc.

3.- Debe atenderse a la naturaleza del crimen para darle la connotación de crimen de lesa humanidad, conforme a la exigencia establecida en Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 7°.1, bajo la exigencia de que el hecho se produzca como “ataque generalizado o sistemático contra una población civil”. Pues en todo caso el delito de Desaparición Forzada como acto aislado correspondería a un crimen internacional, lo cual generaría impunidad.

4. Es necesario que a nivel de la Policía Nacional del Perú y en su caso de las Fuerzas Armadas, se implementen cursos o talleres, en los que se desarrolle de manera técnica los diversos presupuestos que puedan legitimar una detención por parte de los efectivos militares o policiales, ya que subsiste como principal factor originador de las desapariciones de personas falta de preparación normativa.

5. El Estado debe proceder a una revaloración de los fundamentos ontológicos, y afianzar los valores principistas de sus fuerzas del orden, como son la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas, realizando campañas internas de adiestramiento y educación, ya que entre las principales causas que determinan la incidencia de las desapariciones forzadas encontramos la prepotencia, la venganza y entre otros, corrupción, que se evidencia en la intervención de los efectivos policiales y/o militares, que exceden la función que la Constitución y las leyes les atribuyen.

6. Las instituciones de control Penal, como la Policía, la Fiscalía y el Poder Judicial, deben realizar serios esfuerzos de coordinación, que permitan una adecuada labor de prevención, investigación, procesamiento y sanción de quienes cometan desapariciones forzadas, delito que afecta a la esencia misma de la dignidad humana y a la vida en sociedad, que a su vez impide el ejercicio pleno e igualitario de los derechos de las personas.

7.- Los operadores del derecho deben tomar en cuenta los criterios sobre valoración de la prueba contenidas en las sentencias de la CIDH de ser válida la prueba indiciaria aún sea el único instrumento con el que se pueda demostrar, así como también deben tomar cuenta las testimoniales indirectas y circunstanciales, sumadas a la inferencias lógicas. Advirtiéndose que en el 80% de los procesos penales los imputados han sido absueltos por insuficiencia probatoria, quedando impune estos delitos

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

Alexy, R. (2003). Tres escritos de los Derechos Fundamentales. Traducción de Bernal Pulido. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción de Bernal Pulido. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

Ambos, k. (2004). *Los nuevos crímenes del Derecho Penal Internacional*. Bogotá, Colombia: Grupo editorial Ibáñez.

Ambos, K. (Coordinador) (2009). *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Andrés Ibáñez, P. (2007). *Justicia Penal, Derechos y Garantías*. Lima, Perú: Palestra.

Asencio Mellado, J. M. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

- Bacigalupo, E. (1999). *Principios Constitucionales del Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Hamurabi.
- Barba, G. (1980). *Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Latina Universitaria.
- Bernales Ballesteros, E. (1997). *La Constitución de 1993 - Análisis Comparado*. Lima, Perú: Jurista.
- Blanc Altemir, A. (1990). "*La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*". Barcelona, España: Bosch.
- Bramont-Arias Torres, L. A. (2004). *Derecho Penal Peruano (Visión Histórica) Parte General*. Lima, Perú: Ediciones Jurídicas UNIFÉ.
- Bramont-Arias Torres, L. A. y García Cantizano, M. (2006). *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. Lima, Perú: San Marcos.
- Berdugo Gomez, I. y otros (2010). "*Curso de Derecho Penal Parte General*". Segunda Edición, Barcelona, Perú: Ediciones Experiencia.
- Bustos Ramírez, J. (1986). "*Introducción al Derecho Penal*". Bogotá, Colombia: Temis S.A.
- Cano López, M. G. y Vidal la Rosa, M. D. (2008). *La desaparición forzada de personas. Doctrina y jurisprudencia*. Lima, Perú: Grijley.
- Calderon Sumarriva, A. C. (2011). *El Nuevo Sistema Procesal Penal: Análisis Crítico*. Lima. Perú: Egacal.

Castillo Alva, J. L. (2002) *Principios de Derecho Penal parte general*. Lima, Perú: Grijley.

Cassese, A. (1993). *Los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona: Ariel.

Clapham Andrew (2006). *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. 1era. Ed. New York, Estados Unidos: Oxford University Press.

Cobo del Rosal, M. y Vives Antón (1988). *Derecho penal. Parte General*. Madrid, España. Tirant lo Blanch.

Cordón Moreno, F. (2002). *Las garantías constitucionales del proceso penal*. 2ed. Colección Divulgación Jurídica. España: Thomson Aranzadi.

Cornejo, A. G. (1936). *Parte General de Derecho Penal*. Tomo Primero. Lima, Perú: Librería e Imprenta de Domingo Miranda.

Cubas Villanueva, V. (2009). *El Nuevo Proceso Penal Peruano. Teoría y práctica de su implementación*. Lima: Palestra.

Chanamé Orbe, R. (2001). *La Constitución actual*. Lima, Perú: Gráfica Horizonte S.A.

Chanamé Orbe, Raúl (2009). *Comentarios a la Constitución*. Lima, Perú: Jurista editores.

Chiossone, T. (1967). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Caracas, Venezuela. Universidad Central de Venezuela.

Chirinos Soto, E. y Chirinos Soto, F. (2014). *La Constitución: Lecturas, comentarios, concordancias*. 7ma. ed. Lima, Perú: Editorial Rodhas.

Delgado Neyra, P. C. (2016). *Crímenes Internacionales: Implementación del Estatuto de Roma al Código Penal Peruano*. Lima, Perú: Motivensa Editora Jurídica.

Del Solar Rojas, F. J. (2009). *La ciencia del derecho: Del Jusnaturalismo al positivismo jurídico*. Lima Perú: Magna Ediciones.

Ezaine Chávez, A. (2000). *Diccionario de Derecho Penal*. Lima, Perú: AFA Editores.

Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y Garantías*. Traducción Perfecto Ibáñez. Madrid, España: Trotta.

García Cavero, P. (2008). *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Lima, Perú: Grijley.

García Toma, V. (2013). *Los derechos fundamentales*. Lima, Perú: Adrus.

García Morillo, Joaquín (1995). *El derecho a la libertad personal; detención, privación y restricción de la libertad*, Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

Gargarella, R. (1997). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

García-Pablos, A. (2000). *“Derecho Penal Introducción”*. Madrid, España: Servicio de publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense.

García-Pablo, A. (2009). *“Derecho Penal Parte General: Fundamentos”* Primera ed. Lima, Perú: Juristas Editores.

González Rus (1983). *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*. Madrid, España: Fundación Juan March. Serie Universitaria.

González Cussac, J. L. (1988). *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. España: Universidad de Valencia.

Gracia Martín, L. (2004). *Estudios de Derecho Penal*. Lima, Perú: IDEMSA.

Gracia Martín, L. (2007). *Modernización del Derecho Penal y Derecho Penal del Enemigo*. Lima, Perú: IDEMSA.

Hassemer, W. (1984). *Fundamentos del Derecho Penal*. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona. España: Bosch.

Hesse, K. (2011). *Escritos de derecho constitucional*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Hurtado Pozo, José (1987). *"Manual de Derecho Penal - Parte General"*. Segunda edición. Lima, Perú: Editorial y Distribuidora de Libros S.A.

Hurtado Pozo, José (1999). *"El Sistema de Penas del Nuevo Código Penal"*. En: Anuario de Derecho Penal. Lima, Perú: Grijley.

Jakobs, G. (1997) *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de la 2da. Ed. alemana a cargo de Joaquín Cuello Contreras u José Luis Serrano Gonzalez Murillo. Madrid: Marcial Pons.

Jeschek, H. (2014). *Tratado de derecho penal*. Traducción de la 5ta edición alemana a cargo de Miguel Olmedo Cardenete, Perú, Instituto Pacífico.

Jiménez Cano, R. M., Moreso Mateos, J. J., Ferrer Beltrán, J. y otros (2008). *Una metateoría del positivismo jurídico*. España: Marcial Pons.

Kelsen, H. (2003). *Introducción a la teoría pura del derecho*. Tercera ed. Lima, Perú: Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Kelsen, H. (1941). *La teoría pura del Derecho*, trad. J. G. Tejerina. Buenos Aires, Argentina: Losada.

Lledó Vásquez, R. (2000). *Derecho Internacional Penal*. Santiago de Chile, Chile.

Mangas Martín, A. (1999) *Conflictos Armados Internos y Derecho Internacional Humanitario*. Segunda reimpresión. España: Universidad de Salamanca.

Manzini, V. (2005). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Ediciones jurídicas Europa-América.

Mainz, J. (2002). *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.

Marín, Jorge L. (2008). *Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi S.R.L.

Mazuelos Coello, J. (1995). *Control Social y Dogmática Penal*. Lima, Perú: Editorial San Marcos.

Mir Puig, S. (2011) *Derecho penal. Parte general*. 4ta reimpression de la 9na edición. Argentina: BdeF.

Montero Aroca, J. (1997). *Principios del Proceso Penal: una explicación basada en la razón*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

Montoya Vivanco, Y. (2009). *La desaparición forzada de personas como delito permanente: Consecuencias dogmático penales*. Cuaderno de Trabajo N° 11, Departamento Académico de Derecho. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. 12° reimpression de la 2° Ed. Buenos Aires, Argentina: ASTREA.

Lopez Cardenas, C. M. (2017). *La Desaparición forzada de personas en el Derecho Internacional en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Estudios de su evolución concepto y reparación a las víctimas*. Colombia: Universidad del Rosario.

Oré Guardia, A. (2002). *Panorama del Proceso Penal Peruano y Reformas Urgentes*. Lima, Perú: Instituto de Ciencia Procesal Penal.

Peces-Barba, G. (1980). *Derechos fundamentales*. Madrid, España: Latina Universitaria.

Peces-Barba, G. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid, España: Universidad Carlos III de Madrid

Peña Cabrera, A. R. (2007). *Exegesis del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima, Perú: Rodhas.

Peña Cabrera, A. R. (1987): *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Volumen I, tercera ed. Lima, Perú: Sagitario.

Pérez Arroyo, J. (2000). Los derechos constitutivos de la personalidad. En: *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

Pérez Luño, A. E. (2008). *Lecciones de filosofía del derecho*. Perú: Jurista Editores.

Polaino Navarrete, M. (2005). *Instituciones de Derecho Penal; Parte General*. Lima, Perú: Grijley.

Quintero, M. E. y Polaino-Orts, M. (2010). *Principios del Sistema Acusatorio. Una visión sistemática*. Lima, Perú: Ara Editores.

- Quintero Olivares, G. (2002). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Navarra, España: Aranzadi.
- Quinteros, V. M. (Coord.) (2012). *Temas de derecho penal y violación de derechos humanos*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Quintero Mendoza, J. S. (2016). *Las Desapariciones Forzadas y los falsos positivos del Derecho Internacional al Derecho Administrativo colombiano*. Colombia: Universidad del Rosario.
- Rawls, J. (1999). *The Law of Peoples*. Cambridge. Harvard University Press.
- Reategui, F. (Coord.) (2012); *Desaparición forzada y derechos de las víctimas. La respuesta humanitaria a las demandas de verdad, justicia y reparación en el Perú*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rosas Yataco, J. (2013). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. P. Traducción de la 25 edición alemana por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Revisada por Julio B.J. Maier. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Roxin, C. (2006). *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. 3era reimpresión de traducción de la 2da edición alemana a cargo de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, España: Thomson Civitas.

Rueda Fernández, C. (2001). *Delitos de Derecho Internacional*. Barcelona, España: Bosch.

Ruiz Manero, J. (2014). *El legado del positivismo jurídico*. Lima, Perú: Palestra.

Sánchez-Vera, J. (2002) *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid, España: Marcial Pons.

Stratenwerth, G. (2005). *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible*. Traducción del alemán a cargo de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. España: Thomson Civitas.

Sanchez Velarde, P. (2008). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima Perú: Rodhas.

Sánchez Velarde, P. (2009). *El Nuevo Proceso Penal*. Lima, Perú: Idemsa.

San Martín Castro, C. (2001). *Derecho Procesal Penal*. Vol. 1. Lima, Perú: Grijley.

Schopenhauer, A. (1991). *La Sabiduría de la Vida, en torno a la filosofía*. S.A. 2da. Ed. México: Porrúa S.A.

Van Boven, T. (2010). *Derecho a la restitución, compensación y rehabilitación*. Bogotá, Colombia.

Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho Penal. Parte general*. Lima, Perú: Grijley.

Von Liszt, F. (1926) *Tratado de derecho penal*. Traducción de la 20ava. Ed. alemana a cargo de Luis Jimenez de Asúa y Quintano Saldaña, Madrid, España: Instituto Editorial Reus.

Welzel, H. (1970) *Derecho Penal alemán*. Traducción de la 11ava. Ed. a cargo de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Chile: Editorial jurídica Chile.

Zaffaroni, R. (2009) *El enemigo del derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: EDIAR.

Artículos Especializados:

Abregu, M. (1995). La tutela judicial del derecho a la verdad en la Argentina. En: Revista IIDH. No. 1. San José, Costa Rica: El Instituto.

Alcocer Pavis, E. (2005) “La autoría y participación en el delito de peculado: comentarios a partir del caso Montesinos-Bedoya”. En: Actualidad jurídica. N°142. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Alflen Da Silva, P. R. (2009) Brasil. En: Desaparición forzada de Personas. Análisis comparado e internacional. pp. 39-52. Bogotá, Colombia: Temis.

Ambos, K. (2000). Sobre el fundamento de la Corte Penal Internacional. Un análisis del estatuto de Roma. En: Revista Peruana de Ciencias Penales, Número 9, Lima: Gráfica Horizonte S.A.

- Ambos, K. y Böhm, M. L. (2009). El tipo penal de la desaparición forzada de personas. Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa. En: Desaparición forzada de Personas. Análisis comparado e internacional. pp. 195-255. Bogotá, Colombia: Temis.
- Aniyar De Castro, L. (1985). Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal, y sistema penal subterráneo. En: Rev. del Colegio de Abogados Penalistas del Valle. pp. 301 y ss. Cali, Colombia
- Aguiló, J. (2010). Positivismo y post positivismo. “Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”. Isabel Lifante Vidal (Ed.). En: Interpretación jurídica y teoría del derecho. Lima, Perú: Palestra.
- Azabache, C. (1991). “Delitos contra los Derechos Humanos”. En: Series Penales. Lima, Perú: Instituto de Defensa Legal.
- Baigun, D. (1987). Desaparición forzada de personas, su ubicación en el ámbito penal. En: La desaparición, crimen contra la humanidad. Buenos Aires, Argentina: Asamblea Permanente por los Derechos Humanos.
- Bonorino, P. R. y Peña Ayazo, J. I. (2008). Filosofía del derecho. Segunda ed. Colombia: Consejo Superior de la judicatura.
- Bobbio, N. (1995). Presente y porvenir de los derechos humanos. En: Derechos humanos. Instrumentos internacionales y teoría. Lima, Perú: WG Editor.
- Botero Marino, C. y Restrepo Saldarriaga, E. (2005). Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia. En: Entre el

perdón y el paredón: Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional. Bogotá, Colombia: Ediciones Unidades.

Cafferata Nores, J. I. (2005). "Garantías y Sistema Constitucional". En: Garantías Constitucionales y Nulidades Procesales. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni Editores.

Caro Coria, D. C. (2004). Las Garantías Constitucionales en el Proyecto del Código Procesal Penal de mayo de 2004. En: diario "El Peruano". Suplemento de Análisis Legal. Lima, Perú: DPP.

Cassel, D. (1995). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Detención Preventiva. En: Revista II DH. N° 21 San José, Costa Rica.

Eguiguren Praeli, F. J. (1986). "Defensa Nacional, Estados de Excepción y control del orden interno en la Constitución Peruana de 1979". En: Defensa Nacional. Año 5, N° 6 Lima, Perú: CAEM.

Ejung, H. (2005). "El proceso penal, conceptos, modelos y supuestos básicos", En: Constitución y Sistema Acusatorio. Un Estudio de Derecho Comparado. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Faundez, H. (1991). El derecho a la libertad y seguridad personal. En: Lecturas Constitucionales Andinas. No. 1. Lima, Perú: Comisión Andina de Juristas.

Feijoo Sánchez, B. (1998). "Distinción entre el dolo y la imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo". En: Cuadernos de política criminal. pp. 269-364. Madrid: EDERSA.

Gandulfo R., E. (1999). "Principios del Derecho Procesal Penal en el Nuevo Sistema de Procedimiento Chileno". En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. N° XX. Chile.

García-Sayán, D. (1987). "Perú: Estados de Excepción y régimen jurídico", En: "Estados de Emergencia en la Región Andina". Lima, Perú: Comisión Andina de Juristas.

Gómez-Robledo, A. V. (1998). Naturaleza de los derechos humanos y su validez en derecho internacional consuetudinario. En: LIBERAMICORUM - HÉCTOR FIX-ZAMUDIO. Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica.

González Pérez, J. (1998). Protección de derechos humanos en la jurisdicción contencioso-administrativa. En: LIBERAMICORUM - HÉCTOR FIX-ZAMUDIO. Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica.

Hormazábal Malarée, H. (2002). "El código penal peruano y el principio de culpabilidad". En: Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 12, IDEMSA. Lima, Perú.

Hulhe, R. (2014) "Noche y niebla. Mito y significado". En: Desapariciones forzadas de niños en Europa y Latinoamérica. pp. 251-278. España: Universidad de Barcelona.

Jakobs, G. (2004) "Indiferencia como dolo indirecto". En: Dogmática y ley penal, libro homenaje a Enrique Bacigalupo. pp. 345-358. España: Marcial Pons.

Landa Arroyo, C. (2006). Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el ordenamiento constitucional peruano. En: Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales. Washington: CEJIL.

Lopez Barja de Quiroga. J. (2010) “La moderna doctrina sobre el dolo”. En: Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 22. pp. 307-331. Lima, Perú: IDEMSA.

Molina Fernández, F. (2005) “La cuadratura del dolo problemas irresolubles, sorites y derecho penal”. En: Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. pp. 691-742. España: Civitas.

Naqvi, Y. (2006). El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción? International Review of the Red Cross, N° 862, junio de 2006, pp. 1-33.

Prado Saldarriaga, Víctor (2000). Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Vélez Fernández, G. F. (2004). La desaparición forzada de las personas y su tipificación en el Código Penal peruano. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú.

Gutierrez De Piñeres, C. (2015). Proceso de duelo con familiares víctimas de desaparición forzada. Recuperado de <http://psicologiajuridica.org/psj137.html>.

Revista Derecho y Cambio Social. (2007). Nro. 12 Año IV, 2007-2008. El delito de Desaparición Forzada en el Perú. Recuperado de www.derechoycambiosocial.com/revista012/CARATULA.htm.

Rueda Martín, M. A. (2001). "Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública". En: Revista de Derecho Penal y Criminología. N° 8. pp. 127-165. 2 Época.

Urquiza Olachea, J. (1995) "El bien jurídico". En: Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 6. Lima, Perú: GC Ediciones.

Libros y Artículos Virtuales Especializados

Andreu-Guzmán, F. (September 2001). The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance. El Proyecto de Convención Internacional sobre la Protección de todas las personas de la desaparición forzada. En: La Revisión de la CIJ. Impunidad, crímenes de lesa humanidad y desaparición forzada. Nro. 62 – 63 Geneva. Recuperado de http://www.icaed.org/fileadmin/user_upload/ArtFedericoENG.doc.

Alflen Da Silva, P. R. (2do. Semestre 2010). El delito de desaparición forzada de personas y el Derecho penal brasileño. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXIV, pp. 213-226. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/1736/173616611006.pdf>.

Amnistía Internacional. (2011) No a la impunidad de las Desapariciones Forzadas. Lista de Requisitos para la implementación efectiva de la Convención Internacional contra las Desapariciones Forzadas. Reino

Unido. Recuperado de <https://amnistia.org.ar/no-a-la-impunidad-de-las-desapariciones-forzada>.

Bitar Giraldo, S. Cuando Los Actores No Estatales Si Importan el caso de Amnistía Internacional. Politólogo. Universidad de los Andes. Estudiante de la maestría en Ciencia Política. Universidad de los Andes. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-56122006000100010.

Cartagena Santos, I. (2010). Desapariciones forzadas: una violación al derecho internacional humanitario y derecho internacional de derechos humanos. En: Revista Ciencia y Tecnología, N°6, Segunda época. Consulta 12 de marzo del 2018. <https://www.camjol.info/index.php/RCT/article/view/515>

Citroni, G. y Scovazzi, T. (febrero, 2009). Recent Developments In International Law To Combat Enforced Disappearances. Desarrollos Recientes En Internacional Ley Para Combatir La Cumplimiento Desapariciones. En: Revista Internacional de Dirección y Ciudadanía. N°. 3. pp. 89-111. Recuperado de https://boa.unimib.it/retrieve/handle/10281/7274/8504/Citroni_Recent_Developments.pdf.

Carrillo Santarelli, N. (10 de julio de 2013). La Protección Y Promoción De Los Derechos Humanos frente a violaciones no estatales por Los Órganos Internacionales. The Protection And Promotion Of Human Rights From Non-State Violations By International Bodies. Recuperado de File:///C:/Users/Doc/Downloads/Nota_Carrillo_Nicolas.Pdf.

Clapham, A. (2006). Obligaciones Dimanantes de los Derechos Humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto. En: Human

Rights Obligations Of Non-State Actors. Oxford: Oxford University Press. Recuperado de <https://www.icrc.org/Spa/Resources/Documents/Article/Review/74uml9.Htm>.

Chamorro Balvin, A. y Llatas Ramirez, L. (2003). Implementación Del Derecho Interno al Estatuto De Roma de la Corte Penal Internacional con especial énfasis al Código Penal. Parte I. Lima, Recuperado de http://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/temas/estatuto_roma/documento.pdf.

Comité Internacional de La Cruz Roja Revista Internacional de la Cruz Roja (CICR). (Diciembre 2002). Debate humanitario derecho política y acción. Revista Nro. 164. Personas Desaparecidas. Recuperado de file:///C:/Users/doc/Downloads/ricr_2002.pdf.

Comisión Nacional De Los Derechos Humanos (2015). La desaparición forzada en México: una mirada desde los organismos del sistema de Naciones Unidas. 1a edición. México, DF: CNDH. Consulta 19 de abril del 2018. http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/lib_DesaparicionForzadaMexicoUnaMirada.pdf

Cooperación Regional Francesa para los países Andinos (marzo 2008). Las Reparaciones a las Víctimas de la Violencia de Colombia y Perú. Retos y perspectivas. Primera Ed. Lima, Perú: Instituto De Democracia Y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica Del Perú (IDEHPUCP).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2017). Desaparición forzada. En: Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos N°6. Consulta 12 de marzo de 2018. <http://www.corteidh.or.cr/>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Memorial amicus curiae en el caso Vereda la Esperanza Vs. Colombia (Caso 12.251). Preparado por Centro de derechos humanos y pluralismo jurídico Profesor René Provost. Facultad de derecho. Universidad McGill. Canadá.

Cox, F. (02 de mayo de 2006). Obligaciones Internacionales del Estado frente a un delito funcionario. Una Perspectiva Interamericana. En: Revista Pensamiento Penal. Recuperado en <http://www.pensamientopenal.com.ar/autores/francisco-cox>.

Comisión de Constitución, Legislación Justicia y Reglamento del Senado. (15 de febrero de 2017). Actores no estatales en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Chile. Recuperado en <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?...%20Actores%20no%20estatales%20en%20el%2>.

Crawford, J. (2009). United Nations Audiovisual Library of International Law. Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Universidad de Cambridge. Recuperado en [Www.Un.Org/Law/Avl](http://www.un.org/law/avl).

Danailov, S. (octubre de 1998) The Accountability of Non-State Actors for Human Rights Violations: the Special Case of Transnational Corporation (La rendición de cuentas de los agentes no estatales por violaciones de los Derechos Humanos. El caso especial de las Corporaciones Transnacionales). Ginebra. Recuperado de http://humanrights.ch/upload/pdf/000303_danailov_studie.pdf.

Del Toro Huerta, M. I. (2007). La responsabilidad del Estado en el Marco del Derecho Internacional de los Derechos. En: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. Recuperado de [://goo.gl/cX7VjYhttp://www.fmyv.es/ci/es/DH/14.pdf](http://goo.gl/cX7VjYhttp://www.fmyv.es/ci/es/DH/14.pdf).

Díaz Cáceda, J. (2008). La responsabilidad internacional de los Estados: base para la defensa de los Derechos Humanos. En: Revista Derecho PUCP Nro. 61. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3187>.

Guillermina Meza, A. (2010). La Responsabilidad Del Estado Por Hechos Internacionalmente Ilícitos: La Atribución De Un Comportamiento Al Estado Y El Rol De La Corte Internacional De Justicia. En: Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja". Año IV. Número 5. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4027611>.

Gregor Barié, C. (2003). Pueblos Indígenas y Derechos Constitucionales en América Latina: Un Panorama. 2da. Ed. actualizada y aumentada. Instituto Indigenista Interamericano (México), Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (México) y editorial; Bolivia 2003; Abya-Yala (Ecuador). Recuperado de <http://documents.worldbank.org/curated/en/373011468196447687/pdf/104772-PUB-ADD-ISBN-PUBLIC-Bari%C3%A9-Pueblo-Indigenas-Constituciones-compl.pdf> (consulta agosto 2017).

Henckaerts, J. M. y Beck Derecho, L. D. (octubre de 2007). Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. Volumen I. Primera Ed. Buenos Aires, Argentina: Norma. Recuperado de https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf

Macedo, F. (2007) Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos Lima, Perú: Indehpucp. Recuperado de http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/los_caminos_justicia_penal.pdf

Medina Ardilla, F. (2016). La Responsabilidad Internacional del Estado por Actos de Particulares. Análisis Jurisprudencial Interamericano. Colombia. Recuperado de www.corteidh.or.cr/tablas/r26724.pd.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2013). Compilación de Instrumentos Internacionales y Normas Consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario. Lima, Perú: Cogral. Recuperado de <file:///C:/Users/doc/Downloads/Minjus-DIH.pdf> consultado

Modollel Gonzales, J. L. (2009). Desaparición Forzada de Personas, Análisis Comprado e Internacional. pp. 180-193. Bogotá, Colombia: Themis S.A. Recuperado de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20110207_02.pdf.

Galain Palermo, P. (2009). Desaparición Forzada de Personas, Análisis Comprado e Internacional. pp. 132-174. Bogotá, Colombia: Themis S.A. Recuperado de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20110207_02.pdf (consultado 2017-2018)

Ambos, K (2002). Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional. En: Revista General de Derecho Penal. Recuperado de Http://Perso.Unifr.Ch/Derechopenal/Assets/Files/Temas/T_20120808_02.Pdf.

Kirsten, A. (2001). How effective is the International Convention for the protection of all persons from enforced disappearance likely to be in holding individuals criminally responsible for acts of enforced disappearance? ¿Cuán Efectiva es la Convención Internacional? Para la protección de todas las personas por Desaparición forzada que podría estar en manos de individuos criminalmente responsables de actos de Desaparición Forzada. Recuperado de https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0004/1681213/Anderson.pdf

Linghammar, P. (2008). "Time for enforced disappearance to disappear a study of the International Legal Instruments addressing enforced Disappearance". La Desaparición Forzada ahora. Recuperado de <https://lup.lub.lu.se/student-papers/search/publication/1316380>.

ONU. E/Cn.4/2005/66 (10 de marzo de 2005). Comisión De Derechos Humanos. 61º Período de Sesiones. Tema 11 B) Del Programa Provisional los Derechos Civiles y Políticos. En particular las Cuestiones Relacionadas con las Desapariciones y las ejecuciones sumaria.

ONU (agosto de 2017). Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (AG/56/83). Recuperado de <https://www.dipublico.org/4076/responsabilidad-del-estado-por-hechos-internacionalmente-ilicitos-ag5683/>

Pariotti, E. (diciembre de 2006). No- statali internazionalizzazioni dei diritti umani e responsabilità sociale delle imprese. La struttura reticolare del diritto nell'epoca della globalizzazione e il ruolo degli attori non-statali. En: Revista pace diritti umani Pace diritti umani/Peace human rights. Rivista quadrimestrale del Centro interdipartimentale di ricerca e servizi sui diritti de la persona e dei popoli dell'Università di Padova.

Recuperado de <http://unipd-centrodirittiumani.it/it/pubblicazioni/Attori-non-statali-internazionalizzazione-dei-diritti-umani-e-responsabilita-sociale-delle-imprese/140>.

Pelayo Moller, C. M. (6 de octubre de 2011). El proceso de creación e incorporación de los estándares internacionales en materia de Desaparición Forzada De Personas en México y su revisión por parte de la Comisión Interamericana De Derechos Humanos en el Caso Rosendo Radilla. México: Biblioteca Virtual Del Instituto De Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Pérez-León, J. P. (2007). Las Desapariciones Forzadas de Personas en el Derecho Internacional Contemporáneo. En: Revista de Anuario Español de Derecho Internacional. Volumen XXIII. pp. 355-387. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/revista/122/A/2007>.

Parayre, S. (1999). La Desaparición Forzada de personas como violación continuada de los Derechos Humanos y su incidencia en la determinación de la competencia Ratione Temporis de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. En: Revista IIDH. Vol. 29. pp. 25-67. Recuperado de <Http://Www.Corteidh.Or.Cr/Tablas/R06838-2.Pdf>.

Restrepo Montoya, H. A. Los Delitos de Competencia de La Corte Penal Internacional. En: Revista Javeriana de Colombia. Recuperado de <Revistas.Javerianacali.Edu.Co/Index.Php/Perspectivasinternacionales/Article/View/787>.

Sandoval Mesa, J. (2012). El Desarrollo de la Desaparición Forzada y sus Elementos Especiales de Configuración en Colombia. En: Revista Virtual Inveniendi Et Lucandi. Edición 13. Vol 7. N° 1. Recuperado de https://www.researchgate.net/profile/Jaime_Sandoval/publication/31326

1754_El_Desarrollo_de_la_Desaparicion_Forzada_y_sus_Elementos_Especiales_de_Configuracion_en_Colombia/links/5894997645851563f82bbf91/EI-Desarrollo-de-la-Desaparicion-Forzada-y-sus-Elementos-Especiales-de-Configuracion-en-Colombia.pdf?origin=publication_detail

Sferraza Taibl, P. (2018). La desaparición forzada como hecho ilícito permanente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Revista de Derecho. Vol. XXXI. N°1. pp. 185-207. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v31n1/0718-0950-revider-31-01-00185.pdf>

Steiner, C. y Uribe, P. (agosto de 2014). Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada. Primera edición. En: Suprema Corte de Justicia de la Nación: Fundación Konrad Adenauer Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>.

The Redress Trust. (mayo de 2006). No solo el Estado: Tortura por actores no estatales hacia una protección fortalecida. Responsabilidad y Recursos. REDRES. Recuperado de https://redress.org/wp-content/.../Non-State-Actors-May-_Spanish-final-6-7-2006.pd.

Vranckx. (25 de Julio de 2007). A long road towards universal protection against enforced disappearance. Un largo camino hacia la protección universal contra la desaparición forzada. Alemania: IPIS International Peace Information Service. Recuperado de http://ipisresearch.be/wp-content/uploads/2015/05/20070115_a_long_road_towards_universal_protection_against_-.pdf.

Vélez Fernández, G. F. La Desaparición Forzada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la necesidad de modificar su regulación en el Código Penal Peruano. En: Alertanet, Portal de Derecho y Sociedad,

Portal On Law and Society. Recuperado de <http://alertanet.org/GVelez-2.htm>.

Verástegui Gonzáles, J. (2016). La personalidad jurídica en la desaparición forzada. En: Colección de textos sobre Derechos Humanos, Primera edición. México: CNDH. Recuperado de <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas-CTDH-Personalidad-Juridica.pdf>

Zimbabwe Lawyers for Human Rights Enforced Disappearances. (january 2016). An Information Guide for Human Rights Defenders and CSOs Developed by Zimbabwe Lawyers for Human Rights (ZLHR). Desapariciones forzadas: una guía de información para defensores de derechos humanos y organizaciones de la sociedad civil. Recuperado de <http://www.zlhr.org.zw/wp-content/uploads/2016/10/Enforced-Disappearances-An-Information-Guide-for-Human-Rights-Defenders-and-CSOs.pdf>.

Informes

Informe Final De La Comisión De La Verdad Y Reconciliación. (2003) Lima, Perú. Recuperado de <http://www.derechos.org/nizkor/peru/libros/cv/>.

Defensoría del Pueblo (2009). La Desaparición Forzadas de Personas en el Perú. Cuaderno Nro. 55. informe 86. Recuperado de <http://www.defensoria.gob.pe/informes-publicaciones.php>.

ONU (2002). La Desaparición Forzada de Personas en el Perú 1980 -1996. Lima 02 de Octubre del 2002. Recuperado de <http://www.derechos.org/nizkor/peru/libros/desap/index.html>.

ONU (2006). Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest>.

ONU (1992). Declaración Sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Recuperado de <http://www.solidaritat.ub.edu/observatori>.

ONU (1994). Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. Recuperado de <https://www.oas.org/juridico/spanish>.

ONU (1998). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Aprobado el 17 de Julio de 1998. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest>.

ONU (1980) Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o involuntarias. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Disappearances/Page>.

ONU (2010). Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (AG/56/83). Revista Virtual de Derecho Internacional Público. Recuperado de <https://www.dipublico.org/4076/responsabilidad-del-estado-por-hechos-internacionalmente-ilicitos-ag5683/>.

Acuerdos Plenarios

Poder Judicial (2009). Acuerdo Plenario Nro. 9-2009/CJ-116. Recuperado de

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cijuris/s_cij_jurisprudencia_nuevo

Poder Judicial (2011). Acuerdo Plenario Nro. 2-2011/CJ-116. Recuperado de http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo%20Plenario%20N2_2011.pdf

Poder Judicial (2017). Acuerdo Plenario Nro. 3-2016/CJ-116. Recuperado de https://img.legis.pe/wp-content/uploads/2017/10/Legis.pe-Acuerdo-Plenario-N%C2%B0-4-2016-CIJ-116-Alcances-de-las-restricciones-legales-en-materia-de-imputabilidad-relativa-y-confesi%C3%B3n-sincera-Legis.pe_.pdf

Tesis

Galella, P. (2015). Contra el miedo a prevaricar. El punto de vista del derecho internacional sobre la investigación y reparación de las desapariciones forzadas ocurridas durante el franquismo. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid.

Guatavita Garzon, A. (2014). La construcción de sentido de la desaparición forzada en el proceso de memoria de hijos e hijas en Colombia. Tesis para optar el grado de Magíster en Historia y memoria. Universidad Nacional de la Plata, Argentina.

Mariño Grandes, M. (2012). “El derecho a la verdad como norma jurídica en el sistema internacional de derechos humanos”. Tesis para optar el título de abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Rivero Espinoza, A. C. (2013). “Eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. Una posible solución al problema de

protección derivado del déficit en la tipificación mexicana de que los particulares o grupos de particulares puede comete la desaparición forzada por propia autoridad”, Tesis para optar el grado de Magíster en Derechos Humanos y Democracia, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, México.

Sferrazza, P. (2014). La responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas de personas. Obligaciones internacionales y atribución. Tesis Doctoral, Universidad Carlos II de Madrid.

Obras generales:

Bermúdez Tapia, Manuel Alexis, Belaúnde Borja, Giuliano y Ponce de León, Alejandro Fuentes (2004). Diccionario jurídico, Ediciones legales, Perú.

Cabanellas de Torres, Guillermo (1998). Diccionario jurídico elemental, Tomo III, Heliasta, Buenos Aires.

Centro de Estudios Gubernamentales (2003). Diccionario gubernamental y jurídico, Editora Real, Perú.

Chanamé Orbe, Raúl (2014). Diccionario jurídico moderno, Gráfica Horizonte, Lima, Tercera edición.

Fayt, Carlos S (2003). Derecho político, La Ley, Buenos Aires.

Flores Polo, Pedro (1988). Diccionario jurídico fundamental. J. Valenzuela, Lima.

Ossorio, M. (2001). Diccionario Jurídico. Ed. 28°. Barcelona, España: Heliasta.